# Die Haftung für Sachmängel beim Kauf im französischen, italienischen und schweizerischen Recht verglichen mit dem deutschen Recht

**INAUGURAL-DISSERTATION**

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

**KURT ROEPKE**

Assistent am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Halle

Berichterstatter: Professor Dr. Rudolf Schmidt

Halle (Saale) 1934

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale) Dölauer Straße 14

# Die Haftung für Sachmängel beim Kauf im französischen, italienischen und schweizerischen Recht verglichen mit dem deutschen Recht

**INAUGURAL-DISSERTATION**

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

**KURT ROEPKE**
Assistent am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Halle

Berichterstatter: Professor Dr. Rudolf Schmidt

Halle (Saale) 1934

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale) Dölauer Straße 14

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter

# INHALT


Seite

Aufgabe . . . . . 1

§ 1. Ueber die Kaufgegenstände, bei denen die Sachmängelhaftung Anwendung findet . . . . . 2
I. Körperliche und unkörperliche Gegenstände . . 2
II. Bewegliche und unbewegliche Sachen . . . . 5

§ 2. Fehlerhaftigkeit der Kaufsache . . . . . 6
I. Begriff des Fehlers . . . . . 6
II. Erheblichkeit des Fehlers . . . . . 8
III. Verborgenheit des Fehlers . . . . . 10
IV. Abgrenzung des Fehlerbegriffs . . . . . 13
a) vom aliud . . . . . 13
b) vom Quantitätsmangel . . . . . 15
V. Gesetzlich bestimmte Fehler beim Viehkauf . . . 16

§ 3. Die zugesicherten Eigenschaften . . . . . 19
I. Die Regelung im deutschen und schweizerischen Recht 19
II. Die Bedeutung des Fehlens zugesicherter Eigenschaften im französischen und italienischen Recht . . . 22

§ 4. Sachmangel und Sachirrtum . . . . . 26

§ 5. Maßgebender Zeitpunkt für das Vorhandensein der Sachmängel . . . . . 30

§ 6. Die Mängelrügepflicht des Käufers . . . . . 33
I. Grundlage für die Mängelrüge . . . . . 33
II. Mängelanzeige . . . . . 36

§ 7. Ausschluß der Sachmängelhaftung . . . . . 38
I. Vertraglicher Ausschluß der Haftung . . . . . 38
II. Gerichtliche Verkäufe . . . . . 40
III. Zufälliger Untergang der Kaufsache . . . . 43

§ 8. Die Ansprüche des Käufers . . . . . 44
I. Wandlung und Minderung . . . . . 44
a) Allgemeines . . . . . 44
b) Wandlung . . . . . 49
c) Minderung . . . . . 51
II. Schadensersatz . . . . . 52
III. Nachbesserung und Ersatzlieferung . . . . . 56

§ 9. Verjährung . . . . . 58
I. Die gesetzlich festgelegten Verjährungsfristen im deutschen, schweizerischen und italienischen Recht . . 58
II. art. 1648 C. c. . . . . , 61

§ 10. Schlußbetrachtung . . . . . 66

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546025_0058

# SCHRIFTENVERZEICHNIS.

## I. Deutsches Recht.


Bechmann, A., Der Kauf. Bd. I u. III,2. Erlangen 1876 und Leipzig 1908.

Blume, W. von, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache. In Jher. Jahrb. Bd. 55. Jena 1909, S. 209 ff.

Crome, C., System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II: Recht der Schuldverh. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, H., Pandekten. Bd. II. 7. Aufl. Berlin 1903.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. II: Schuldverh. 2. Abtlg. 3. Aufl. Halle a. S. 1906.

Dörr, W., Neubau des Schuldrechts. München, Berlin u. Leipzig 1934.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. V, 1. Hälfte, 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB. In Gruch. Beitr. 43. Jhrg. 1899, S. 305 ff.

Enneccerus, L., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Allgemeiner Teil. 12. Bearb. Marburg 1928.

— Recht der Schuldverhältnisse. 10. Bearb. Marburg 1928.

Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearbtg. Marburg 1932.

Hanausek, G., Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Bd. I u. II, Berlin 1883—87.

Handwörterbuch, Rechtsvergleichendes, für das Zivil- u. Handelsrecht des In- und Auslandes, hrsg. von Schlegelberger. Bd. IV, Berlin 1933.

Haymann, F., Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf. Berlin 1913.

— Fehler und Zusicherung beim Kauf. In: Reichsgerichtspraxis im dtschen. Rechtsleben (Festg. d. jurist. Fakultäten zum 50 jähr. Bestehen des RG). Bd. III, S. 317 ff. Berlin u. Leipzig 1929.

— Anmerkung in JW 1932, S. 1862 ff., zu Nr. 32.

Heck, Ph., Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Hedemann, J. W., Schuldrecht des Bürgerl. Gesetzbuches. 2. Aufl. Berlin u. Leipzig 1931.

Hellweg, A., Ueber die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris. In: Arch.Ziv.Prax. Bd. 59, S. 35 ff. Heidelberg 1876.

Henle, R., Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. II: Schuldrecht. Rostock 1934.

Hübner, R., Grundzüge des Deutschen Privatrechts. 5. Aufl. Leipzig 1930.

Hueck, A., Der Sukzessivlieferungsvertrag. München, Berlin und Leipzig 1918.

Kaiser, E., Der Vollzug der Mängelansprüche des Käufers. Diss. Marburg 1932.

Koch, K., Fehler und Zusicherung beim Kauf. Diss. Köln 1933.

Krause, H., Schweigen im Rechtsverkehr. Marburg 1933.

Kreß, H., Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts. München und Berlin 1934.

Küpper, R., Die Deutsche Rechtsprechung zur Frage der Zusicherung beim Kauf. Diss. Köln 1933.
Lange, H., Vom alten zum neuen Schuldrecht. Hamburg 1934.
Leonhard, F., Das Schuldrecht des BGB. Bd. II: Besonderes Schuldrecht. Leipzig 1931.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich. Bd. II. Berlin u. Leipzig 1888.
Oertmann, P., Die Entstehung der ädilizischen Ansprüche. In Seuff. Bl. f. RA. 76. Jhg. 1911, S. 1 ff.
— Recht der Schuldverhältnisse. 2. Abtlg. 5. Aufl. Berlin 1929.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. 2. Hälfte. Recht d. Schuldverh. (Bes. Teil) 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1928.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. I. Berlin 1897.
Rabel, E., Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte. I. Teil. Leipzig 1902.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Bd. II. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1934.
Richter, G., Ist der Begriff der positiven Vertragsverletzung bei Stückschulden erforderlich? Diss. Halle 1932.
Rücker, H. von, Die Sachmängelhaftung beim Kauf nach dem BGB im Vergleich zu ihrer historischen Grundlage. Diss. Erlangen 1932.
Savigny, Fr. C. von, System des heutigen Römischen Rechts. 3. Bd. Berlin 1840.
Schmidt, Rud., Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums und Wandelungsanspruch beim Kauf in ihrem Verhältnis zueinander. Bonn 1910.
— Bürgerliches Recht. Stuttgart 1927.
— Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht. München 1915.
Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. In Jher. Jahrb. Bd. 49, S. 93 ff.
Schwerin, Cl. Frh. von, Grundzüge des deutschen Privatrechts. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.
Siber, H.: Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II: Schuldrecht. Leipzig 1931.
Siebert, W., Zum Begriff der Verwirkung. In JW 1932, S. 943 und S. 2384.
— Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Marburg 1934.
Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen. Geschichte u. System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. München und Leipzig 1928.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. IV. 14. Aufl. Berlin und Leipzig 1933.
Staudingers Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. II, 2. Teil, 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig 1928.
Stuckert, A., Zur Lehre von der Wandlung. Diss. Breslau 1933.
Stulz, G., Das Recht des Kaufs im Auslande. In JW 1928, S. 585 ff.
Süß, Th., Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. Leipzig 1931.
Tuhr, A. von, Der Allgemeine Teil des Deutsch. Bürgerl. Rechts, II. Bd. 1. Hälfte. München u. Leipzig 1914 (in Bindings Handbuch d. Deutsch. Rechtswissenschaft).

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

### II. Französisches Recht.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 5. éd., Tome V. Paris 1907.
Baudry-Lacantinerie et Saignat, Traité théorique et pratique de droit civil, Bd. XIX: De la vente et de l'échange, 3. éd., Paris 1908.
Beudant, Ch., Cours de droit civil français, IV, 2: La vente et le louage. Paris 1908.
Bourdeaux, H., Code civil annoté d'après la doctrine et la jurisprudence, 34. éd., Paris 1934.
Capitant, H., De la cause des obligations. 3. éd., Paris 1927.
Charlin, G., De la garantie à raison des vices cachés en matière de vente en droit romain et en droit français. Paris 1895.
Colin, A. et Capitant, H., Cours élémentaire de droit civil français, 7. éd., Tome II, Paris 1932.
Crome, C., Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts. Mannheim 1894.
Déjean, O., Traité théorique et pratique de l'action rédhibitoire dans le commerce des animaux domestiques. 3. éd., Paris 1868.
Delvincourt, Cours de Code civil, Tome VII, Bruxelles 1827.
Duranton, Cours de droit français suivant le Code civil, 4. éd., Tome 16, Paris 1844.
Fenet, P. A., Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome 14, Paris 1836.
Fuzier-Herman, Code civil annoté. Tome IV (art. 1582—2281). Paris 1898.
Guillouard, L., Traités de la vente et de l'échange, Tome I u. II, Paris 1889/90.
Huc, Th., Le Code civil italien et le Code Napoléon. Études de législation comparée, 2. éd., Tome I u. II, Paris 1868.
— Commentaire théorique et pratique du Code civil. Tome 10. Paris 1897.
Hémard, Jos., Précis élémentaire de droit civil. Tome II, Paris 1929.
Josserand, L., Ueber das Maß der Gewährleistungspflicht des gutgläubigen Verkäufers bei heimlichen Mängeln. Anmerkung in „Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence". 1926. 1. S. 9 ff.
Laurent, F., Principes de droit civil, Tome 24, 3. éd., Bruxelles u. Paris 1878.
Planiol, Marcel, Traité élémentaire de droit civil. 10. éd., Tome II, Paris 1926.
Planiol, M. et Ripert, G., Traité pratique de droit civil français, Tome VII u. X, Paris 1931 u. 1932.
Pothier, Traité du contrat de vente. (Oeuvres de Pothier, Tome 3), Paris 1821.
Projet de Code des obligations et des contrats (Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti) und Rapport sur le projet. Octobre 1927. Roma 1928.
Répertoire général alphabétique du droit français publié par A. Carpentier et G. Frèrejouan du Saint, Tome 36, Paris 1905.
Rogron, J. A., Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence, 19. éd., Paris 1877.
Thibaut, A. J. F., Lehrbuch des französischen Zivilrechts, Berlin 1841.

Troplong, Le droit civil expliqué. De la vente, 5. éd., Tome 1 u. II, Paris 1856.
Wagner, P., Der Code civil. Haguenau 1925.
Wahl, A., De la garantie des vices dans la vente des valeurs mobilières in „Rev. trimestrielle de droit civil", Tome 13, Paris 1914, S. 5 ff.
Zachariae-v. Lingenthal, Handbuch des französischen Zivilrechts, 6. Aufl., II. Bd., Heidelberg 1875. 8. Aufl., Bearb. v. C. Crome, II. Bd., Freiburg i. B. 1894.
Zivilgesetze der Gegenwart, begr. von K. Heinsheimer, Bd. I: Frankreich, Code civil, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

### III. Italienisches Recht.

d'Amelio, Mariano, Postilla in „Rivista del diritto commerciale", Vol. 27, parte 1, S. 669.
Ascarelli, Tullio, Azione redibitoria e qualità contrattualmente determinate, in „Il Foro italiano", Vol. 50, anno 1925, I. parte, S. 398 ff.
Ascoli, Alfredo, Anm. z. Cass. Roma, 26 gennaio 1920, in „Foro italiano", 1920, I, S. 250 ff.
Barassi, Lodovico, Istituzioni di diritto privato, 2. ed. Milano 1933.
— Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni in „Archivio giuridico" „Filippo Serafini", Vol. 62, Modena 1899, S. 333 ff.
Betti, Emilio, Il progetto di un Codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, in „Rivista del diritto commerciale", Vol. 27, Milano 1929, parte 1, S. 665—668.
Bianchi, Ferd., Azione di nullità per errore e azione per vizi redibitori nella vendita, in „Riv.it. per le scienze giur.", Vol. XI, Roma 1891, S. 321 ff.
— Risoluzione della vendita, in Dir.com. V, 1887, S. 177 ff.
Bolaffio, L., Genesi ed interpretazione dell'art. 71 Cod.comm. (Afs. in „Diritto commerciale", Vol. VI, 1888, S. 471 ff.).
Brugi, B., Istituzioni di diritto civile italiano. Milano 1905.
Carnelutti, Fr., Il vizio redibitorio nel contratto di lavoro, in „Riv. del diritto comm.", Vol. VIII, Milano 1910, S. 519 ff.
Chironi, G. P., Istituzioni di diritto civile italiano, Vol. II, Torino 1889.
Cuturi, T., Della compravendita. Vgl. Fiore-Brugi.
Dusi, Bart., Istituzioni di diritto civile, 2. ed., Vol. II, Torino 1929.
Ferrara, L., L'azienda commerciale in „Giurisprudenza italiana", Vol. 54, 1902, IV, S. 272 ff.
Fiore-Brugi, Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza, parte 12: Contratti speciali, Vol. 2: Cuturi, T. Della compravendita, 2. ed., Napoli, Torino 1923.
Foschini, G., Istituzioni di diritto civile romano ed italiano, Napoli 1882.
Franchi, L., Codice civile, 10. ed., Milano 1929.
Fubini, R., Ancora sui criteri distintivi dell'azione redibitoria dalla contrattuale, in Riv.dir.com. XVI, 1918. II. S. 22 ff.
— La teoria dei vizi redibitori nel diritto civile e commerciale italiano, Torino 1906.
Gasca, Ces. L., Trattato della compra-vendita. Vol II. Roma 1905.
Gianturco, Em., Contratti speciali, Vol. II: Compra-vendita. Napoli 1905.
Giorgi, G., Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, 7. ed., Vol. IV. Firenze 1925.
Lusignani, L., sull' art. 1505 cod.civ.ital., (Anmerkung in „Foro it.", Vol. 25, 1900, I, S. 600 ff.).

Olivieri, V., J vizi della merce venduta e spedita secondo l'art. 70 del Cod.di.comm. (Aufs. in „Diritto commerciale, Vol. VI, 1888, S. 23 ff.).
Pacchioni, Giov., Il silenzio nella conclusione dei contratti, in „Riv. del diritto comm.", Vol. IV. Milano 1906, II, S. 23 ff.
Pacifici-Mazzoni, E., Istituzioni di diritto civile italiano, 5. ed., Vol. V, 1. Torino 1927.
Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti (Projet de Code des obligations et des contrats) und Relazione sul progetto. Octobre 1927, Roma 1928.
Pulvirenti, G., Fondamento, natura e limiti dell'azione redibitoria nel diritto civile e commerciale italiano, in „Il Foro it.", Vol. 34. Roma 1909, I. parte, S. 574 ff.
Ramella, A., La denunzia dei vizi nella vendita commerciale in „Giur.it.", Vol. 62, 1910, IV, S. 152 ff.
Ricci, Fr., Corso teorico-pratico di diritto civile, ristampa della 3. ed., Vol. VII, Torino 1929.
Ruggiero, Rob. de, Istituzioni di diritto civile italiano. Vol. II, Messina 1926.
Staffler, Rich., Italienisches Zivilgesetzbuch, Bozen 1930.
Tendi, G. B., Trattato teorico-pratico della compra-vendita nel diritto civile italiano. Vol. II, Firenze 1906.

### IV. Schweizerisches Recht.

Becker-Gmür, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abtlg. Bern 1922.
Curti, A., Schweizerisches Handelsrecht. 2. Aufl. Zürich 1909.
Egger-Escher, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. V siehe Oser-Schönenberger.
Funk, Fr., Die Ersatzleistung bei Mängeln des Kaufgegenstandes. in Schweizerische Juristenzeitung, 27. Jhg. Zürich 1931, S. 225.
Gsell, W., Die Mängelrüge beim Kauf nach schweizerischem Obligationenrecht. Diss. Zürich 1926.
Haberstich, Jos., Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts. Bd. II. Zürich 1885.
Huber, E., System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes. Bd. III. Basel 1889.
Jackson, A., Die Mängelrüge nach schweizerischem und deutschem Recht. Diss. Erlangen 1928.
Jaeger, Th., Die Haftung des Verkäufers für die Mängel der Fahrniskaufsache nach dem schweizerischen Obligationenrecht. Diss. Zürich 1911.
Oels, H., Die Sachmängelhaftung beim Fahrniskauf nach deutschem und schweizerischem Recht. Diss. Erlangen 1931.
Oser-Schönenberger, Obligationenrecht. 2. Aufl. Zürich 1930.
Tuhr, A. von, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. 2. Halbbd. Tübingen 1925.
— Streifzüge im revidierten Obligationenrecht. In: Schweizerische Juristenzeitung, 18. Jhg. Zürich 1922. S. 365 ff.

### V. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Archivio giuridico „Filippo Serafini", Modena.
Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence, Paris.
Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence. Paris.
Il Diritto commerciale, Rivista periodica e critica di giurisprudenza e legislazione, Pisa.
Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtl. Sammlg. Lausanne.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Il Foro italiano, Raccolta generale di giurisprudenza. Roma.
Giurisprudenza italiana, Raccolta generale periodica e critica di giurisprudenza, legislazione e dottrina. Milano, Roma, Napoli.
Juristenzeitung, Schweizerische.
Juristische Wochenschrift.
Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Warneyer.
Recueil général des lois et des arrêts, fondé par J. B. Sirey, Paris.
Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts. Beilage zur Zeitschr. für Schweizerisches Recht. Basel.
Revue trimestrielle de droit civil. Paris.
Rivista italiana per le scienze giuridiche. Roma.
Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Milano.
Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht.
Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

## ABKUERZUNGEN

| | |
|---|---|
| App. | = Appellationshof. |
| Arch.Ziv.Prax. | = Archiv für die zivilistische Praxis. |
| art. | = Artikel. |
| B.G.E. | = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts. |
| Cass. | = Kassationshof. |
| C.c. | = Code civil. |
| C.c.it. | = Codice civile italiano. |
| C.com. | = Code de commerce. |
| C.com.it. | = Codice di commercio. |
| Civ. | = Chambre civile. |
| D.H. | = Dalloz: Recueil hebdomadaire de jurisprudence. |
| D.P. | = Dalloz: Recueil périodique et critique de jurisprudence (D.P. 94. 2. 573 bedeutet: Jahrg. 1894, Teil 2, S. 573). |
| Dir.com. | = Il Diritto commerciale. |
| Foro it | = Il Foro italiano. |
| Giur.it. | = Giurisprudenza italiana. |
| Jher.Jahrb. | = Jherings Jahrbücher f. d. Dogmatik des bürgerl. Rechts. |
| JW | = Juristische Wochenschrift. |
| OLGRspr. | = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. |
| O.R. | = schweizerisches Obligationenrecht. |
| Prog.d.Cod. | = Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti (Projet de Code). |
| R. | = Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des schweizerischen Bundeszivilrechts. |
| Rép.gén. | = Répertoire général alphabétique du droit français. |
| Rev.trim. | = Revue trimestrielle. |
| RGRKom. | = Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. |
| RGZ | = Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen. |
| Req. | = Chambre des requêtes. |
| Riv.dir.com. | = Rivista del diritto commerciale. |
| S. | = Sirey: Recueil général des lois et des arrêts. (Zitierweise wie bei Dalloz: Recueil périodique.) |
| Warn.E. | = Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. vor Warneyer. |

## Aufgabe.

Die zivilrechtlichen Kodifikationen Deutschlands, Frankreichs, Italiens und der Schweiz haben eine gemeinsame Wurzel: das römische Recht. Im Rechtsinstitut der Haftung oder Gewährleistung für Sachmängel aller vier Gesetzbücher leben noch heute die Grundgedanken des ädilizischen Rechts [1]) fort.

Die vorliegende Arbeit bezweckt, die Gesetzgebungen über das Gebiet der Sachmängelhaftung dieser vier europäischen Länder miteinander zu vergleichen und zu untersuchen, wieweit der römischrechtliche Einfluß erhalten geblieben ist und wieweit diese Rechte voneinander abweichen.

Behandelt ist nur die Sachmängelhaftung beim Kauf, insbesondere beim Stückkauf. Dabei sind Sondervorschriften über den Gattungskauf und abweichende Bestimmungen im Viehkauf mit herangezogen worden. Grenzfragen, die das Gebiet der Sachmängelhaftung streifen, sind kurz erwähnt.

Die gesetzliche Regelung der Sachmängelhaftung beim Kauf finden wir im deutschen Recht in den §§ 459 ff. BGB, im französischen Recht in art. 1641 ff. Code civil, im italienischen Recht in art. 1498 ff. Codice civile und im schweizerischen Recht in art. 197 ff. des schweizerischen Obligationenrechts [2]).

---

[1]) So genannt nach dem Edikt der kurulischen Aedilen (L. 1 § 1 D. 21,1), denen im alten Rom die Marktpolizei und Rechtsprechung in Marktsachen oblag. Sie hatten gleich dem Praetor das Recht, Edikte zu erlassen. Eine bedeutsame Rolle spielten in damaliger Zeit außer den Kaufgegenständen des täglichen Bedarfs der An- und Verkauf von Sklaven und Vieh, denen man einen Mangel, z. B. eine Krankheit, nicht sofort ansehen konnte. So wurden dem Käufer durch das ädilizische Edikt, zunächst für den Kauf von Sklaven und Vieh, wegen heimlicher nicht erkennbarer Mängel zwei Rechtsbehelfe gegeben, die er wahlweise geltend machen konnte. Es waren dies die actio redhibitoria und die actio quanti minoris oder aestimatoria. Später zu Justinians Zeiten wurden diese beiden sogen. ädilizischen Klagen auf alle Käufe ausgedehnt. Vgl. hierzu die ausführlichen Darstellungen zur Geschichte der Haftung des Verkäufers im röm. Recht bei Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, I, S. 19—61; Bechmann, Der Kauf, I: Gesch. d. Kaufs im röm. Recht, S. 395—414; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts II, S. 684 § 393.

[2]) Obwohl die Gewährleistung für Mängel der Kaufsache nicht rein römischrechtlichen Ursprungs ist — schon das alte deutsche Recht kannte die Wandlung beim Viehkauf —, geht doch die gesetzliche Regelung der Sachmängelhaftung in den hier zu vergleichenden vier Rechten ausnahmslos auf das römische Recht zurück. Vgl. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverh. S. 387; für das französische Recht z. B. Troplong, De la vente, I No. 547; für das italienische Recht: Tendi, Trattato teorico-pratico della compra-vendita, II, No. 469; Gianturco, Contratti speciali, II: Compra-vendita, S. 284; Cuturi,

## § 1.

## Ueber die Kaufgegenstände, bei denen die Sachmängelhaftung Anwendung findet.

### I. Körperliche und unkörperliche Gegenstände.

Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Haftung für Sachmängel beim Kauf setzt das Vorliegen eines formgültig geschlossenen Kaufes voraus. Der Kaufgegenstand ist durch Uebergabe an den Käufer in dessen Gewahrsam gelangt, der Käufer kann nun feststellen, wie sich die Kaufsache im Gebrauch bewährt, m. a. W. er kann feststellen, ob sie mit Mängeln behaftet ist. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um einen Zivil- oder Handelskauf handelt; die auf den Vorschriften über die Sachmängelhaftung sich aufbauende Gewährleistungspflicht des Verkäufers tritt, soweit ihre Voraussetzungen gegeben sind, grundsätzlich bei jedem Kauf in Kraft [1]). Allerdings sollte diese Gewährleistungspflicht, wenigstens für das deutsche Recht, auf den Verkauf von „Sachen", also körperlichen Gegenständen (§ 90 BGB) beschränkt bleiben [2]). Aber Lehre und Rechtsprechung aller hier zu vergleichenden vier Rechte zeigt uns, daß dies nirgends durchgeführt ist. Im deutschen Recht werden in der Rechtsprechung unkörperliche Güter, wenn sie im Verkehr wie Sachen behandelt werden, auch im Hinblick auf die Sachmängelhaftung diesen gleichgestellt [3]). Das wichtigste Beispiel hierfür ist die Veräußerung eines Handelsgeschäfts (RGZ 63, 57). Beim Verkauf eines solchen werden nicht nur körperliche Sachen, sondern auch Immaterialgüter miterfaßt, ja sogar Rechte. Die romanischen Rechte, die in ihren Gesetzbüchern keinen unserem BGB ähnlichen Allgemeinen Teil aufzuweisen haben und denen die Begriffsbestimmung der „Sachen" unseres § 90 BGB fehlt, machen grundsätzlich keinen Unterschied in der Behandlung körperlicher und unkörperlicher Gegenstände bei der Sachmängelhaftung [4]). So dürfte z. B. im französischen Recht die

---

Della vendita, No. 113; für das schweizerische Recht: Becker-Gmür, Komm. z. Schweizerischen Zivilgesetzbuch VI: Obligationenrecht, Vorbem. I zu art. 197—210.

[1]) So auch in den romanischen Rechten, vgl. z. B. Aubry et Rau, Cours de droit civil français, V p. 111, insbes. Anm. 13 bis; Guillouard, Traités de la vente et de l'échange, I, No. 437; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, II, No. 1464; Hémard, Précis élémentaire de droit civil II, No. 1868; Cuturi No. 113; Barassi, Istituzioni di diritto privato, p. 297; art. 70 C.com.it. — Im schweiz. Recht kennt man nicht den Unterschied zwischen Zivil- und Handelskauf. Da es in der Schweiz kein HGB gibt, gilt für alle Käufe das Obligationenrecht.

[2]) Hedemann, Schuldrecht des BGB, S. 233.

[3]) RGRKomm. II, S. 61.

[4]) Für das franz. Recht: Aubry et Rau V, p. 110; Baudry-Lacantinerie et Saignat, Traité théorique et pratique de droit civil, XIX, No. 426 27; Huc, Commentaire théorique et pratique de Code civil X, No. 145/116. — Für das italienische Recht: Cuturi, No. 115. Dagegen Fubini, La teoria dei vizi redibitori nel diritto civile e commerciale italiano, No. 177.

Anwendung der art. 1641 ff. C. c. auf den Verkauf eines Handelsgeschäftes niemals zweifelhaft gewesen sein. (Répertoire général alphabétique du droit français, 36 No. 1590 und die dort angegebenen Stellen.) Eine andere Behandlung hat das Handelsgeschäft, die azienda, jedoch im italienischen Recht erfahren. Der juristische Begriff der azienda ist heftig umstritten worden[5]). Fubini, der die Anwendbarkeit der Sachmängelhaftungs-Vorschriften für den Verkauf von „Cose incorporali" grundsätzlich ablehnt, will die Vorschriften der art. 1498 ff. C. c. it. beim Verkauf eines Handelsgeschäftes nur für die „elementi corporali dell' azienda" angewendet wissen[6]). Dies widerspricht jedoch unserer Auffassung vom Handelsgeschäft, das der Gesetzgeber ausdrücklich im deutschen Recht als Gegenstand des Rechtsverkehrs anerkennt und das demzufolge Gegenstand schuldrechtlicher Verträge sein kann.

Daß die Vorschriften über die Sachmängelhaftung nur beim Kauf von Sachen und nicht beim Kauf von Rechten anzuwenden seien, wird in den romanischen Rechten nicht betont, da ihnen der Unterschied von Sache und Recht, wie ihn unser Gesetzgeber aufgestellt hat, fremd ist. Wohl kennt das französische Gesetz den Ausdruck „chose", insbesondere „chose vendue", und das italienische „cosa venduta". Aber diese beiden Ausdrücke chose und cosa sind nicht mit unserem juristischen Begriff „Sache" gleichzustellen, sondern sind am besten mit Gegenstand bzw. Kaufgegenstand zu übersetzen. Vom Verkauf eines Rechts, insbesondere eines „droit incorporel", spricht eine Entscheidung, die im Rép. gén. alph. XXXVI, No. 1591 ff. angeführt ist. (Trib. sup. Cologne, 3. Jan. 1899.) Die Stelle lautet: „. . . l'art. 1641 d'après lequel le vendeur est garant des vices de la chose vendue, ne s'applique pas aux ventes de droits incorporels". Es handelt sich in dieser Entscheidung um den Kauf einer Grube (mine). Dieser Kauf habe weder den Boden noch die Erträge zum Gegenstand, sondern das Recht, die Grube auszubeuten (exploiter). Und dieses Recht des Ausbeutens sei ein droit incorporel. Was das französische Recht dagegen unter einem droit corporel versteht, wird nicht gesagt. Diese genannte Entscheidung ist insofern erwähnenswert, als die Tendenz des französischen Rechts dahingeht, die art. 1641 ff. C. c. immer anzuwenden, wenn es sich um Gegenstände handelt, die Gegenstände eines Kaufes sein können. Planiol[7]) z. B. zählt verschiedene Gegenstände auf, bei denen die art. 1641 ff. anzuwenden seien. Ebenso Huc[8]). Es heißt hier: „Le principe de l'art. 1641 doit recevoir son application à la vente des valeurs de bourse". Und weiter: „Il faut encore appliquer l'art. 1641 aux ventes d'un syndicat,

---

[5]) Foro it. 1888, I, 941; Ferrara, L'azienda commerciale, in „Giur.it.", 1902, IV, p. 272 ff.

[6]) No. 177 u. No. 182. — Im Gegensatz dazu Ramella, La denunzia dei vizi nella vendita commerciale in „Giur.it." 1910, IV, p. 172, der in Anlehnung an das Reichsgericht die Vorschriften über die Sachmängelhaftung analog auf den Verkauf eines Handelsgeschäftes anwendet.

[7]) II, No. 1464.

[8]) X, No. 145.

d'un brevet d'invention, du bénéfice d'un concession, d'un monopole, d'un office ministériel[9]) . . ." Im Gegensatz hierzu steht das deutsche Recht, das den Kauf eines Patentes (brevet d'invention) nicht als Sach- sondern als Rechtskauf ansieht[10]), wenn auch nicht unbestritten[11]). Das schweizerische Recht, das im allgemeinen dem deutschen Recht folgt und dementsprechend auch zwischen Sach- und Rechtskauf unterscheidet, ist in der Behandlung der hier aufgeworfenen Frage betr. des Patentkaufes nicht einheitlich. Die Botschaft des Bundesrates betr. Revision des Obligationenrechts vom Jahre 1909 versteht unter Mängel eines Patentes rechtliche Mängel, für die nach Art. 197 ff. O.R. zu haften sei[12]). Becker-Gmür[13]) schließen sich der herrschenden deutschen Lehre an und betrachten Mängel eines Patentes nicht als Sach- sondern als Rechtsmängel, für welche nicht Art. 197 ff. sondern Art. 192 ff. O.R. in Frage kommen[14]). In letzter Zeit hat sich das schweizerische Bundesgericht erneut mit der rechtlichen Natur des Patentkaufes beschäftigt. Es handelt sich in dieser Entscheidung (Ztschr. f. Ausl. u. Internat. Privatrecht, 6. Jhg. 1932, S. 794—95) um den Verkauf eines nichtigen Patentrechts, das dem Käufer dann wegen der Nichtigkeit entzogen wird. Dem Käufer wird ein Gewährleistungsanspruch für Mängel im Rechte nach Art. 192 ff gegeben, und nicht für Mängel der Sache gem. Art. 197 ff. O.R.

Nicht einheitlich in der Beurteilung des Patentkaufs ist auch das italienische Recht. Pulvirenti[15]) wendet sich unter Bezugnahme auf Rabel gegen die französische Rechtsprechung, Cuturi[16]) dagegen schließt sich dem französischen Standpunkte an und hält die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Haftung für Sachmängel beim Kauf von Patenten für möglich.

---

[9]) Die Uebertragung öffentlicher Amtsstellen (offices ministériels) — in Frankreich gestattet durch das Ges. v. 28. April 1826, art. 91 — wird in der franz. Rechtsprechung und Lehre wie ein wirklicher Kauf angesehen (Charlin, De la garantie, p. 214). Vgl. auch Aubry et Rau V, p. 110 und Anm. 13 mit vielen Zitaten aus Lehre und Rechtsprechung; ebenso die zahlreichen Entscheidungen bei Fuzier-Herman, Code civil annoté, IV, p. 114, No. 91 ff.

[10]) Vgl. Rabel, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I, S. 337. „Endlich mag noch hervorgehoben sein, daß die französische Jurisprudenz sehr beachtenswerte Ergebnisse damit erzielt, daß sie Fehler von Patenten, welche wir nach dem BGB als Rechtsmängel auffassen müssen, wie Sachmängel behandelt, z. B. die Nichtigkeit eines Patentes wegen abstrakter Patentunfähigkeit der Erfindung als vice apparent und zu keiner Haftung führend betrachtet".

[11]) RGRKom. II, S. 61 Nr. 1 und die dort angeführte Entscheidung Warn.E. 1911, Nr. 396.

[12]) Oser-Schönenberger, Komm. z. schweiz. Zivilgesetzbuch V, Obligationenrecht, S. 832, 2 a.

[13]) VI, Vorbem. 2 zu art. 197—210. S. 54.

[14]) Ebenso v. Tuhr, Streifzüge im revidierten Obligationenrecht in: Schweiz. Jur. Ztg. 18. Jg., S. 369, und Jaeger, Haftung des Verkäufers f. d. Mängel der Fahrniskaufsache nach dem schweiz. O.R., S. 24 insb. Anm. 3.

[15]) Fondamento, natura e limiti dell'azione redibitoria nel diritto civile . . . in: Foro it. 1909, I, p. 574 ff.

[16]) No. 115.

In ähnlicher Weise ist über den Kauf von Wertpapieren entschieden worden. Während im französischen Rechte [17]) die Börsenwerte als Kaufgegenstände ohne weiteres unter die Vorschriften der art. 1641 ff. C. c. fallen, macht man im deutschen Recht einen Unterschied, ob es sich um einen Mangel des Papierkörpers handelt oder um einen Mangel des mit dem betr. Wertpapier verbundenen Rechts, denn der Kauf eines Wertpapiers ist zugleich Rechtskauf [18]). Nur wenn ein Mangel des Papierkörpers in Betracht kommt, greifen nach deutschem Recht die Vorschriften über die Sachmängelhaftung Platz, bei allen anderen Mängeln die der Rechtsmängelhaftung. Dasselbe gilt für das schweizerische Recht [19]). Das italienische Recht folgt im wesentlichen dem französischen [20]).

### II. Bewegliche und unbewegliche Sachen.

Ob es sich bei dem Kaufgegenstand um eine bewegliche oder unbewegliche Sache handelt, ist für die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Sachmängelhaftung grundsätzlich gleichgültig. Während diese Bemerkung für das deutsche Recht unerheblich erscheinen mag — die Begriffsbestimmung der Sachen in § 90 BGB hat jeden Meinungsstreit bei uns ausgeschlossen —, wird im französischen Recht von den Schriftstellern stets auf diese Frage hingewiesen, da einst Zweifel vorhanden waren. Duranton [21]) ist gegen die Anwendbarkeit der ädilizischen Klagen beim Kauf von Immobilien. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung Frankreichs [22]) wendet aber die art. 1641 ff. C. c. auf bewegliche und unbewegliche Sachen an. Im italienischen Recht war hier niemals ein Zweifel möglich, da art. 1505 C. c. it. in seinem ersten Absatz ausdrücklich von „immobili" spricht.

Ein Unterschied in der Behandlung beweglicher und unbeweglicher Sachen besteht im italienischen Recht — genau wie im deut-

---

[17]) Huc, No. 145 „valeurs de bourse"; vgl. auch Wahl, De la garantie in: Rev.trim. 1914, p. 5 ff. — Req. 7. nov. 1893, D.P. 94, 1.258.

[18]) RGZ 59,240; Enneccerus-Lehmann S. 393, Nr. 3. — Eine besondere Regelung hat sich durch die Rechtsprechung des RG beim Verkauf von Mitgliedschaftsrechten (Aktien u. GmbH-Anteilen) herausgebildet, wenn damit der Verkauf des Unternehmens verbunden war, vorausgesetzt, daß sämtl. Anteile auf einen Erwerber übergingen. In diesem Falle ist die Sachmängelhaftung analog anzuwenden. So Enneccerus-Lehmann S. 392, Nr. 2 u. die dort angeführten RG-Entscheidungen. Abw. A. Heck, Grundriß d. Schuldrechts S. 287 c.

[19]) Jaeger S. 24; Becker-Gmür VI, S. 55, Vorbem. 2.

[20]) Cuturi No. 115.

[21]) Cours de droit français, XVI, No. 317.

[22]) Laurent, Principes de droit civil, XXIV, No. 287; Huc X, No 147; Guillouard I, No. 438; Aubry et Rau V, p. 109 Anm. 12; Zachariae-v. Lingenthal, Hdb. des französischen Civilrechts, II, S. 489 Anm. 33; Baudry-Lacantinerie et Saignat XIX, No. 425; Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civil français, X, 1, No. 127; Colin-Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, II, p. 530. — Cass. 23. August 1865 (S. 1865. 1. 397) (Jurisprudence constante: Aix 8. November 1864, S. 1865. 2. 41).

schen, vgl. § 477 Abs. 1 BGB, — insofern, als art. 1505 C. c. it. verschieden lange Verjährungsfristen vorschreibt [23]).

Auch im schweizerischen Recht besteht eine dem deutschen und italienischen Recht ähnliche Regelung. Die Vorschriften über die Sachmängelhaftung sind auch beim Kauf unbeweglicher Sachen anwendbar, jedoch mit dem Unterschied, daß nach Art. 219 O.R. für diese eine längere Verjährungsfrist (5 Jahre) gilt im Gegensatz zu der einjährigen Frist des Art. 210 für den Kauf beweglicher Sachen.

## § 2.
## Fehlerhaftigkeit der Kaufsache.

### I. Begriff des Fehlers.

Alle vier Gesetzbücher gehen von fast demselben Fehlerbegriff aus. Der verkaufte Gegenstand wird dann als fehlerhaft erklärt, wenn er sowohl zu dem gewöhnlichen als auch zu dem vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauch untauglich ist. Dieser Unterschied findet sich in dieser Form zwar nur im deutschen Recht (§ 459 BGB); die Fassungen der entsprechenden Artikel in den übrigen drei Gesetzbüchern lassen jedoch keinen Zweifel aufkommen, daß auch hier in der Beeinträchtigung des „gewöhnlichen" Gebrauches Fehlerhaftigkeit der Kaufsache gesehen wird [1]).

Für das deutsche Recht haben Enneccerus-Lehmann [2]) im Sinne des Reichsgerichts das Wesen des Fehlers bestimmt als „eine für den Käufer ungünstige Abweichung von der für den gewöhnlichen oder den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch normalerweise zu erwartenden Beschaffenheit" [3]). Dabei kann der Fehler physischer und nichtphysischer Natur sein.

Um für die hier zu behandelnden romanischen Rechte das Wesen des Fehlers zu bestimmen, muß man von einem Satz Po-

---

[23]) Der italienisch-französische Entwurf eines Gesetzbuches der Schuldverhältnisse und Verträge (Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti) hat die Regelung des art. 1505 C.c.it. in seinem art. 372 übernommen und somit auch für das französische Recht jeden Zweifel ausgeschlossen.

[1]) Vgl. BGB § 459 I S. 1; C.c. art. 1641; C.c.it. art. 1498; O.R. art. 197 I; s. auch Rechtsvergl. Handwb. IV, S. 754 f.: „Kaufvertrag" § 20. — Die Fassung des art. 365 Prog.d.Cod. entspricht den art. 1641 C.c. und 1498 C.c.it.

[2]) S. 388. — Vgl. RGZ 97, 352.

[3]) Gegen diese im deutschen Recht herrschende subjektive Auffassung vom Wesen des Fehlers hat sich Haymann, Fehler und Zusicherung beim Kauf in d. Festg. f. d. RG, III, S. 317 ff., gewendet u. einen objektiv-abstrakten Fehlerbegriff aufgestellt. Nach ihm ist der Fehler zunächst nach objektiven, abstrakten Merkmalen zu bestimmen. Der gewöhnliche oder der nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch sei nur für die Erheblichkeit des Fehlers entscheidend; ferner derselbe, JW 1932, S. 1862 ff., Anm. zu Nr. 32.

thier's[4]) ausgehen. „Le vendeur, par la nature du contrat de vente, est tenu de garantir l'acheteur, que la chose vendue est exempte de certains vices qui sont de nature à rendre ou presque inutile, ou même quelquefois nuisible, l'usage pour lequel cette chose est dans le commerce". Wenn Pothier von der Kaufsache verlangt, daß sie „utile" sein soll, so ist das die Tauglichkeit der Kaufsache, für die der Verkäufer einzustehen hat. Huc[5]) bestimmt den Fehler als eine „certaine manière d'être de la chose, qui la rend impropre à l'usage auquel elle est destinée, ou qui en diminue la valeur". Das italienische Recht, das seinen art. 1498 fast wörtlich dem art. 1641 C. c. nachgebildet hat, schließt sich ganz an den von der französischen Rechtswissenschaft aufgestellten Fehlerbegriff an. Daß der für das Zivilrecht gültige Fehlerbegriff auch für das Handelsrecht anzuwenden ist, betont Olivieri[6]) unter Bezugnahme auf art. 70 II C. com. it., der sich an art. 1505 C. c. it. anschließt. ‚Die Natur des Fehlers richtet sich ganz nach der Natur des Kaufgegenstandes. Da der Kaufgegenstand, auf den nach französischem und italienischem Recht die Vorschriften über die Sachmängelhaftung anzuwenden sind, ohne weiteres unkörperlich sein kann, ist also der Fehler nicht auf körperliche Beschaffenheit zu begrenzen. Die Kaufsache muß, damit man von einem Fehler sprechen kann, ungeeignet, untauglich sein „zu dem Gebrauch, zu welchem sie ihrer Natur bezw. der Auffassung des Verkehrs nach, oder nach der besonderen Uebereinkunft der Parteien bestimmt ist"[7]). Entscheidend für die Beurteilung der Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauche dürfte demnach auch nach französischem Recht die Brauchbarkeit allgemeiner Art sein, wobei die Verkehrsanschauung mit Rücksicht auf die örtliche oder sonstige Lebensauffassung den Ausschlag gibt (vgl. RGZ 70, 85). Neben diesem gewöhnlichen Gebrauche kommt dann auch der vertraglich vorausgesetzte in Betracht. Welcher Gebrauch als vertragsmäßig vorausgesetzt werden kann, muß sich, abgesehen von den besonderen Vereinbarungen der Vertragspartner aus den Umständen und der Natur des fraglichen Kaufgeschäfts ergeben. Dabei sind einseitige Voraussetzungen des Käufers unbeachtlich und geben kein Recht auf Gewährleistung. Wenn der Käufer die Sache für einen bestimmten Zweck verwenden will, muß er den Verkäufer davon in Kenntnis setzen. Die Zweckbestimmung muß zum Vertragsinhalt erhoben worden sein, es muß Einverständnis vorliegen, das auch stillschweigend erklärt sein kann[8]).

Nicht nötig ist, daß es sich um eine körperliche Eigenschaft handelt, der Fehler kann auch auf Rechtsvorschriften beruhen, so z. B. auf polizeilichen Baubeschränkungen[9]).

---

[4]) De la vente, No. 202.
[5]) X, No. 142.
[6]) I vizi della merce venduta, in: Dir. com., VI, p. 25.
[7]) Zachariae-v. Lingenthal II, S. 489, Anm. 34a.
[8]) Enneccerus-Lehmann S. 388; Schmidt, Bürgerl. Recht S. 206; RGZ 70, 86. — Für das französische Recht vgl. Aubry et Rau V, p. 106 Anm. 3; Guillouard, I, No. 424; Huc X, No. 148.

Die gleiche Ausdehnung des Fehlerbegriffs finden wir im schweizerischen Recht, das in art. 197 O.R. ausdrücklich die rechtlichen Mängel der Sache neben den körperlichen erwähnt. Die rechtlichen Mängel waren in art. 243 des alten O.R., der dem jetzigen art. 197 O.R. entspricht, nicht erwähnt. Man dachte bei der Revision des art. 197 u. a. an gesetzliche Beschränkungen, z. B. an polizeiliche Baubeschränkungen. „Um eine Haftung des Verkäufers in solchen Fällen zu ermöglichen, hat die Kommission den Wortlaut des art. 197 so erweitert, daß er auch ‚rechtliche Mängel' umfaßt" [10]).

Hierbei ist zu bemerken, daß das Wort „Mangel" in anderem Sinne verwendet wird als im deutschen Recht; „Mangel" ist nach dem Sprachgebrauch des Schweizerischen Obligationenrechts gleichbedeutend mit unserem „Fehler"-Begriff. Nach dem Sprachgebrauch des BGB stellt „Mangel" den Oberbegriff dar, der sowohl ein Fehler als auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft sein kann [11]). Im deutschen Recht ist daher der Begriff „Fehler" enger als der Begriff „Mangel". Den Unterschied zwischen Fehler und Mangel kennt nur das deutsche Recht. Der Code civil bedient sich in den Vorschriften über die Sachmängelhaftung zwar auch der Ausdrücke „défaut" und „vice". Von défaut ist — abgesehen von art. 1625 — nur in art. 1641 die Rede, die folgenden sprechen nur noch von vice. Daraus erhellt, daß diese beiden Worte ohne Unterschied angewendet werden sollen. Dieselbe Doppelbezeichnung weist der italienische Codice civile auf, der in Anlehnung an den Code Napoléon die Ausdrücke „vizio" und „difetto" gebraucht. Eine Auseinandersetzung über den Unterschied zwischen vizio und difetto finden wir bei Gasca [12]), der unter vizio eine Krankheit, insbesondere beim Viehkauf, und unter difetto eine Verschlechterung, eine Veränderung der Substanz versteht. Im allgemeinen macht man aber im italienischen Recht keinen Unterschied im Gebrauch der Worte vizio und difetto im Sinne der art. 1498 ff.

### II. Erheblichkeit des Fehlers.

Die Haftung des Verkäufers für Fehler der Kaufsache hat jedoch eine Grenze, die das deutsche und schweizerische Gesetz selbst ziehen. Damit der Käufer die Gewährleistungsansprüche wegen Sach-

---

[9]) Siber, Schuldrecht S. 235; Enneccerus-Lehmann S. 388 f.

[10]) v. Tuhr in Schweiz.Jur.Ztg., 18, S. 369. Diese Regelung ist von v. Tuhr scharf kritisiert worden. Der Verkäufer hafte nicht für gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, da diese weder Sach- noch Rechtsmängel seien. Anders läge der Fall jedoch, wenn der Verkäufer Zusicherungen über die polizeiliche Zulässigkeit gewisser Benutzungsarten gemacht habe. Dann habe er selbstverständlich dafür einzustehen.

[11]) Motive zum Entw. eines BGB, II, S. 226.

[12]) Trattato della compra-vendita, II, No. 1521; vgl. auch Ascarelli, Azione redibitoria e qualità contrattualmente determinate in: Foro it. 1925, I, p. 401, für den es keinen Unterschied zwischen vizio und difetto gibt.

mängel geltend machen kann, wird in art. 197 des schweizerischen Obligationenrechts ein Mangel gefordert, der den Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache aufhebt oder erheblich mindert. Diese Erheblichkeit des Fehlers, die das schweizerische Recht in art. 197 O.R verlangt, kommt auch im deutschen BGB zum Ausdruck, wenn auch in negativer Fassung. Nach § 459 I S. 1 kommt eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht [13]). Damit unterscheidet auch das deutsche Recht zwischen erheblichem und unerheblichem Fehler derart, daß nur ein erheblicher Fehler der Kaufsache eine Gewährleistungspflicht begründet. Dabei ist unter Wert allein der objektive Verkaufswert zu verstehen, nicht etwa eine subjektive Wertschätzung oder der Liebhaberwert [14]). Ob die Minderung unerheblich ist, wird in den meisten Fällen Tatfrage und nur unter Berücksichtigung des konkreten Vertragszwecks zu beurteilen sein [15]).

Der französische Gesetzestext — und im Anschluß daran der italienische — verlangen nicht ausdrücklich eine Erheblichkeit des Sachmangels. Aber art. 1641 C.c. läßt keinen Zweifel aufkommen, daß ein unerheblicher Fehler unberücksichtigt bleiben soll. Nach dem Wortlaut des art. 1641 müssen die F'ehler „rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus." Dementsprechend wörtlich art. 1498 C.c.it. (Ebenso art. 365 Prog.d.Cod.) Der Gesetzgeber hat in diesen Artikeln das Kriterium angezeigt, dessen man sich zur Beurteilung des Fehlers zu bedienen hat. Es wird eine gewisse Schwere (une certaine gravité, una qualche gravità) [16]) verlangt, damit die Vorschriften über die Sachmängelhaftung anwendbar sind. Beim Richter liegt es zu entscheiden, ob diese Schwere des Fehlers im einzelnen Falle vorliegt. So lesen wir bei Huc (X, No. 148): „Dans tous les cas les juges de fait auront à apprécier souverainement si le vice allégué a une gravité suffisante pour légitimer les réclamations de l'acheteur" [17]). Aehnlich das italienische Recht. Ricci (VII, No. 179) sagt: „il giudice deve non solo tener conto delle condizioni della cosa venduta, ma anche delle intenzioni delle parti e delle circostanze in cui il contratto si è fatto, per decidere, se esso ne avrebbe fatto, oppur no, l'acquisto" . . . Fehler, die jedoch nur den Liebhaberwert (agrément) mindern, sind dabei nicht zu berücksichtigen [18]).

---

[13]) Diese Bestimmung ist römischrechtlichen Ursprungs. Bereits die ädilizischen Klagen waren nicht anwendbar, wenn es sich um nur geringfügige Fehler handelte, durch die der Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache nicht wesentlich gemindert wurde. Vgl. Hanausek, I, 67 Anm. 8. — Dieselbe Regelung galt für das gemeine Recht; Dernburg, Pandekten II, § 100 b.

[14]) Staudinger, Komm. zum BGB, II: Recht d. Schuldverh., 2. Teil, S. 130 Anm. a; Becker-Gmür VI. S. 60 No. 2.

[15]) RGRKom. II, S. 68, III; Oser-Schönenberger, V, S. 834.

[16]) Colin-Capitant, II, S. 530 a; Ricci, VII, No. 179; Gasca, II, No. 1547.

[17]) Vgl. hierzu: Planiol-Ripert, X, 1, S. 132, insbes. die in Anm. 2 angeführten Stellen.

[18]) Aubry et Rau V, S. 109, Anm. 9; Laurent XXIV No. 280; Guillouard, I No. 422; Huc X No. 142; Pacifici-Mazzoni

Bestritten ist im französischen Recht, ob ein Fehler dann noch als Sachmangel im Sinne der art. 1641 ff. zu gelten habe, wenn er seiner Natur nach irréparable und demnach die Kaufsache dauernd unbrauchbar ist. Laurent (XXIV No. 280) wendet sich gegen die in Frankreich weit verbreitete Ansicht[19], einen unbehebbaren Fehler nicht mehr als Sachmangel, sondern nach den allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung zu behandeln, unter Berufung auf den Gesetzestext, in dem nichts von einer dauernden Unbrauchbarkeit stände. Im Anschluß an Laurent hat dann für das italienische Recht Tendi (II, No. 482) diese Frage erörtert, der als maßgeblich nur die Tatsache ansieht, daß der Käufer die erworbene Sache nicht gebrauchen kann, ob nur zeitweilig, sei schließlich gleichgültig. Schon das ädilizische Edikt habe beim Viehkauf nicht zwischen einer nur vorübergehenden und einer dauernden Krankheit des Tieres unterschieden.

Im deutschen und schweizerischen Recht ist der Unterschied zwischen behebbarem und unbehebbarem Fehler unbekannt, da das Gesetz selbst zu einer derartigen Unterscheidung keine Veranlassung gibt[20]

### III. Verborgenheit des Fehlers.

Nach dem Wortlaut der beiden Artikel 1641 C. c. und 1498 C. c. it. (vgl. auch art. 365 Prog. d. Cod.) hat der Verkäufer nur für einen „verborgenen" Fehler (vice caché, vizio occulto) einzustehen. Ein erheblicher Fehler muß also zugleich ein verborgener sein. Nur dann haben wir es mit einem sogen. „vice rédhibitoire" (vizio redibitorio) zu tun, auf den die art. 1641 ff. C. c. (bzw. art. 1498 ff. C. c. it.) anwendbar sind[21]. Im Gegensatz zu den vices cachés

Istituzioni di diritto civile italiano V, I, p. 298 No. 2. — Der Verkäufer haftet jedoch in diesen Fällen, wenn er arglistig handelt.

[19] Rép. gén., XXXVI No. 1602; Fuzier-Herman IV, p. 108, No. 13 und die dort angeführten Stellen.

[20] Eine Unterscheidung zwischen behebbarem und unbehebbarem Fehler dürfte für das deutsche Recht, soweit es sich um einen z. Zt. des Kaufabschlusses vorhandenen Fehler handelt, m. E. deswegen überflüssig sein, weil der Verkäufer nach § 433 BGB nur zur Lieferung der Kaufsache so wie sie z. Zt. des Kaufvertrages ist, verpflichtet ist. Der Verkäufer hat erfüllt, auch wenn er eine mangelhafte Sache liefert (vgl. § 10 Schlußbetr. dies. Arb.). Nur Dörr, Neubau des Schuldrechts S. 29, der entgegen der herrschenden Meinung ein der Fassung des § 433 zuwiderlaufendes Recht des Käufers auf Uebergabe einer fehlerfreien Kaufsache unterstellt, beschäftigt sich mit den reparabelen und irreparabelen Fehlern. Da der Verkäufer zur Lieferung der Sache in fehlerfreiem Zustand verpflichtet sei, würde seine Leistung beim Vorhandensein eines irreparabelen Fehlers unmöglich. Die Vorschriften über die Sachmängelhaftung würden dann ausgeschlossen sein.

Entsteht jedoch der Fehler erst nach Kaufabschluß und vor Gefahrübergang, dann dürfte die Unterscheidung zwischen behebbarem und unbehebbarem Fehler auch im deutschen Recht von Wichtigkeit sein. Das Entstehen eines irreparabelen Fehlers würde in diesem Falle die Anwendung des § 325 BGB zur Folge haben können.

[21] L. 21 D. 21, 1; Pothier No. 203; Baudry-Lacantinerie et Saignat XIX 414: „Les défauts ou vices dont il s'agit

stehen die vices apparents (vizi apparenti), die offenkundigen Fehler, die nach art. 1642 C. c. und art. 1499 C. c. it. grundsätzlich keine Gewährleistungspflicht des Verkäufers begründen [22]). Ob im Einzelfalle ein Fehler caché oder apparent ist, wird mitunter schwer zu sagen sein. Art. 1642 und art. 1499 stellen die offenkundigen Fehler und diejenigen, von denen sich der Käufer selbst überzeugen konnte, gleich. M. a. W., ein verborgener Fehler wird dann wie ein offenkundiger behandelt, wenn der Käufer ihn gekannt hat, und zwar im Augenblick des Kaufes (au moment de la vente, nel momento della stipulazione del contratto) [23]). Aber es kommt nicht allein darauf an, daß der Käufer ihn tatsächlich kennt. Beweist der Verkäufer, daß es sehr wohl möglich gewesen ist, den Fehler zu entdecken, dann ist es kein verborgener. Bei der Unterscheidung, ob ein Fehler als caché oder apparent anzusehen ist, kommt es im französischen Recht auf die objektive Möglichkeit der Entdeckung an. Eine gewisse Schwierigkeit bei der Prüfung wird der Käufer auf sich nehmen müssen. In gewissen Fällen wird er also, wenn er allein nicht fähig zur Prüfung ist, Hilfspersonen heranziehen müssen, z. B. einen Architekten beim Hauskauf. Demnach wird ein Fehler nur dann als verborgen anzusehen sein, wenn der Käufer ihn trotz sorgfältigster Prüfung nicht entdecken konnte.

So die herrschende Lehre in Frankreich [24]), während die französische Rechtsprechung sich diese Ansicht nicht immer zu eigen gemacht hat [25]). So hat z. B. der Appellationshof Bourges (27. Juni 1893, D.P. 94. 2,573) entschieden, daß ein Fehler schon dann als ein

---

sont appelés 'rédhibitoires' parce qu'ils peuvent entraîner la résolution du contrat et la 'rédhibition' de la chose. 'Redhibere est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit' ". — Delvincourt Cours de Code civil, VII p. 144, wendet den Ausdruck vices rédhibitoires nur auf Mängel beweglicher Güter (meubles) an, trotzdem er art. 1641 ff. auf bewegliche und unbewegliche Güter bezieht.

[22]) Im italienischen Handelsrecht sind den vizi occulti die vizi apparenti gleichgestellt, sofern es sich um Handelskäufe „tra piazze lontane" handelt. Nach art. 70 C.com.it. hat der Verkäufer auch für offenkundige Mängel der Kaufsache einzustehen, wenn diese innerhalb von zwei Tagen seit Empfang der Ware angezeigt werden. Diese Vorschrift tritt aber nur in Kraft, wenn es sich um Fernkäufe handelt (provenienti da altra piazza). Anders das deutsche Handelsrecht, das in § 377 keinen Unterschied zwischen Platz- und Fernkäufen macht, sofern nur beide Vertragspartner Kaufleute sind, ein Erfordernis, welches im italienischen Recht wieder fehlt. (Vgl. art. 54 C.com.it.) Vgl hierzu auch Ramella p. 153; Barassi, p. 297; Cuturi, No. 124. — a. A. ist Tendi (No. 476), der die vizi apparenti des art. 70 C.com.it. nicht mit den vizi occulti gleichstellt, da nach dem Wortlaut des art. 70 Abs. 2 nur für vizi occulti die Vorschriften des art. 1505 C.c.it. anwendbar seien.

[23]) Zivilges. d. Gegenwart, I: Cod. civil, S. 555 Anm. zu art. 1641—1643; Gasca II No. 1532; Barassi, p. 297; Fubini, No. 215; Planiol-Ripert, X, 1 No. 130.

[24]) Aubry et Rau, V, p. 108, Anm. 8; Laurent, XXIV No. 284; Baudry-Lacantinerie et Saignat XIX No. 418; Huc, X No. 144; Beudant, Cours de droit civil français, IV, 2 No. 257. — Abw. A. nur Duranton, XVI No. 310.

[25]) Vgl. die Ausführungen bei Colin-Capitant II, p. 531.

verborgener zu gelten habe, wenn der Käufer selbst nicht die notwendigen technischen Kenntnisse gehabt hat, um diesen zu entdecken. Dagegen wird beim Weinkauf vom Käufer die Fähigkeit vorausgesetzt, gewisse Fehler zu entdecken[26]. Vielfach wird dem Richter die Entscheidung überlassen, ob es sich im Einzelfalle um einen vice caché handelt[27]. Lehre und Rechtsprechung Italiens haben sich dem französischen Standpunkt angeschlossen. Sie sind sich einig, daß die Möglichkeit der Kenntnis und die Kenntnis selbst einander gleichzusetzen sind bei der Beurteilung, ob ein Fehler als offenkundig oder heimlich zu betrachten ist[28]. Zweifelhaft bleibt, ob die Kenntnismöglichkeit eine objektive sein muß. Tendi (II No. 483) verlangt im Anschluß an das französische Recht, daß der Käufer geeignete Hilfspersonen heranziehen müsse, wenn er selbst nicht in der Lage sei, die Kaufsache sorgfältig zu untersuchen. Nach Fubini (No. 217) kann ein objektiv offenkundiger Mangel dennoch für den Käufer verborgen bleiben, wenn ihm die Möglichkeit fehlt, die Kaufsache zu prüfen.

Das deutsche und schweizerische Recht stimmen mit den beiden romanischen Rechten darin überein, daß der Verkäufer nicht für Mängel haftet, die der Käufer beim Kaufabschlusse gekannt hat. § 460 S. 1 BGB; Art. 200 I O.R.) Sie weichen aber von den genannten Rechten ab, insbesondere dem französischen, indem sie der positiven Kenntnis nicht die objektive Kenntnismöglichkeit des Käufers gleichsetzen. Nach § 460 S. 2 BGB wird dem Kennen des Mangels nur das Nichtkennen infolge grober Fahrlässigkeit gleichgestellt. In demselben Sinne Art. 200 II O.R., wonach der Verkäufer grundsätzlich nicht für Mängel einzustehen hat, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen. „Im Abstellen auf die ‚gewöhnliche Aufmerksamkeit' ist enthalten der Grundsatz, daß nur grobfahrlässige Außerachtlassung der Diligenzpflicht die daraus hervorgehende Unkenntnis der Kenntnis der Mängel gleichstellt" (B.G.E. 11,376)[29]. Ob grobe Fahrlässigkeit vorliegt, ist nur aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles ersichtlich. Im Gegensatz zum französischen und italienischen Recht besteht für den Käufer keineswegs eine Pflicht, die Kaufsache beim Vertragsabschluß zu prüfen. Dies bedeutet nach deutschem und schweizeri-

---

[26]) So heißt es z. B. in einer Entscheidung des Kassationshofs v. 27. Jan. 1896 (Rép. gén. XXXVI. No. 1634; D.P. 97. 1. 158): „Mais les vices ne sauraient être considérés comme cachés lorsque l'acheteur a dû les prévoir, à raison de la nature de la chose vendue ou des usages existants. Ainsi dans une vente de vins, l'acheteur doit prévoir les défectuosités qui peuvent être la conséquence des prédispositions morbides du vin, qui est l'objet de nombreuses maladies." — So auch Bordeaux 23. Mai 1894 (D.P. 95. 2. 76) und Baudry-Lacantinerie et Saignat, XIX No. 420. — Im Gegensatz dazu Huc, X No. 147.

[27]) Req. 30. Dez. 1879 (D.P. 80. 1. 108); Req. 8. März 1892 (D.P. 92. 1. 204); Guillouard I No. 436.

[28]) Tendi II No. 483; Fubini, No. 215; Ricci VII No. 180; App. Genova, 7. Dez. 1874 (Giur.it. 1875. II. 19).

[29]) Oser-Schönenberger V. S. 838, Anm. 3a.

schem Recht für den Käufer einen größeren Schutz als ihn die beiden hier zu vergleichenden romanischen Rechte gewähren.

Alle vier Rechte sind sich einig, daß ein offenkundiger Fehler, dessen Vorhandensein dem Käufer durch unlautere Machenschaften des Verkäufers unbekannt geblieben ist, dem Käufer nicht zum Nachteil gereichen kann. Jedesmal haftet der Verkäufer für arglistiges Verschweigen eines an sich erkennbaren Fehlers[30].

### IV. Abgrenzung des Fehlerbegriffs.

#### a) vom aliud.

Keinen Sachmangel stellt nach BGB die Lieferung einer anderen als der geschuldeten Sache, eines „aliud" dar. „Eine Eigenschaft, die die Sache zu einer Sache anderer Gattung macht, darf nicht als Fehler aufgefaßt werden"[31]. Auf diese Fälle sind die Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff. nicht anwendbar[32]. Diese Feststellung ist wichtig für den Gattungskauf, insbesondere für die Verjährung, während sie sich für den Fall des Stückkaufs erübrigt, da der Begriff „Stückkauf" Identität der Kaufsache verlangt und die Unterscheidung, ob eine andere als die bedungene Ware geliefert ist, eine leichte sein wird. Die Grenzen zwischen Sachmangel und Lieferung eines aliud sind jedoch beim Gattungskauf oft flüssig. Im Einzelfalle ist nicht nur die Verkehrsauffassung zu berücksichtigen, sondern auch vor allem der Inhalt des Kaufvertrages[33].

In ähnlicher Weise hat das schweizerische Recht entschieden. Auf die Lieferung eines aliud pro alio sind nicht die Art. 197 ff. O.R. anwendbar, sondern Art. 97 ff., da die Lieferung einer ganz anderen Sache als der versprochenen keine Erfüllung bedeute. Was ein aliud sei, soll aber nur nach der Verkehrsauffassung, nach allgemeinen

---

[30] Vgl. z. B. Schmidt, Bürgerl. Recht S. 207. — Gasca II No. 1534. — Zachariae-v. Lingenthal II S. 489, Anm. 32; dann gibt das französische Recht nicht die Klage aus art. 1641 ff. C. c., sondern die action en nullité pour dol (art. 1116 C.c.), qui a des règles différentes. (Baudry-Lacantinérie et Saignat XIX No. 418). Vgl. auch Rép. gén. No. 1623. — Abweichend für das schweizerische Recht Oser-Schönenberger V S. 838 Nr. 6.

[31] Enneccerus-Lehmann S. 389; s. auch RGRKom. II, S. 67 d.

[32] Zu beachten ist jedoch in diesem Zusammenhang die Vorschrift des § 378 HGB. derzufolge beim Handelskauf die Gewährleistungsansprüche des BGB §§ 459 ff. und nicht die Vorschriften über den Erfüllungsverzug auch bei Lieferung eines aliud gegeben sind, vorausgesetzt daß „die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte".

[33] Vergleiche hierzu die Entscheidung des RG v. 19. Mai 1916 über die Stradivariusgeige (Warn. E. 1916, S. 394 Nr. 244). Liegt nach dem Inhalt des Kaufvertrages der Schwerpunkt auf der Herkunft von Stradivarius, dann ist die Lieferung einer aus neuerer Zeit stammenden Geige die Lieferung einer fehlerhaften. Ist eine Sologeige Vertragsinhalt, dann ist die Lieferung einer Orchestergeige die Lieferung eines aliud, denn eine Orchestergeige ist an sich noch keine fehlerhafte Sologeige. Vgl. auch RGZ 97, 352.

objektiven Kriterien beurteilt werden[34]). Dabei soll der im gegebenen Fall im Vertrage ausgesprochene oder sonst erkennbare Zweck, zu dem der Käufer die Ware verwenden will, unerheblich sein. Der Inhalt des Kaufvertrages bleibt also, anders als im deutschen Recht, hier unberücksichtigt. Der Unterschied, ob eine mangelhafte Ware oder eine Ware anderer Gattung geliefert ist, ist beim Gattungskauf mitunter schwierig. Das Bundesgericht hat in derartigen Zweifelsfällen sich stets für die Lieferung einer mangelhaften Ware entschieden, da sonst die Vorschriften über die Sachmängelhaftung eine bedeutende Einschränkung erfahren würden, die nicht im Sinne des Gesetzes läge. Verwiesen sei an dieser Stelle auf die Entscheidung des Bundesgerichts vom 26. Oktober 1894 (R. 13, S. 16—17, Nr. 17). Hier war im Kaufvertrage ausdrücklich die Lieferung von Kohlen einer bestimmten Zeche ausbedungen, die Lieferung von Kohlen aus einer anderen Zeche wird nicht als aliud pro alio angesehen, sondern als Sachmangel. In demselben Sinne die Entscheidung vom 7. März 1896 (R. 14, S. 110, Nr. 77) über die Lieferung nicht reinen Weines. Auch die Lieferung von Wintersamen statt Samens für die Sommersaat sieht das Bundesgericht nicht als Lieferung eines aliud an (B.G.E. 22, 571). Anders das deutsche Recht, das hier keine Gewährleistungsansprüche für gegeben erachtet (Enneccerus-Lehmann S. 389).

In der französischen Rechtsliteratur wird die Lieferung eines aliud nicht besonders erwähnt. Die Behandlung eines solchen Falles dürfte nach französischem Recht nicht zweifelhaft sein. Man wird auf ihn die Vorschriften über Nichterfüllung anwenden (art. 1184 C. c. ff.). Im italienischen Recht dagegen begegnen wir des öfteren dem Ausdruck „aliud pro alio". Die Lieferung eines aliud wird auch hier unter dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung behandelt. Es wird oft versucht festzustellen, ob bei einer mangelhaften Kaufsache eine wesentliche Eigenschaft (qualità essenziale) fehlt oder eine Eigenschaft, welche die Substanz der Kaufsache betrifft (qualità sostanziale). Handelt es sich um das Nichtvorhandensein einer qualità sostanziale, dann haben wir den Fall des aliud pro alio. Eine Sache ganz anderer Art ist geliefert worden, der Käufer hat nicht erfüllt. Im derartigen Falle hat nach unbestrittener Ansicht von Lehre und Rechtsprechung der Käufer den Anspruch gemäß art. 1165 C.c.it.[35]).

[34]) Becker-Gmür, VI, S. 58; Curti, Schweizerisches Handelsrecht S. 32 u. 40; Gsell, Die Mängelrüge beim Kauf nach schweiz. Obl. Recht S. 22 f.; BGE 22, 571.

[35]) Fubini p. 328: „in caso di qualità sostanziale si tratta di azione per inadempimento". Barassi, p. 297, Anm. 2; Bolaffio, Genesi ed interpretazione dell' art. 71 del Co.com. in „Dir.com.", VI, p. 483 · Cass. del Regno, 13. Oktober 1921 (Foro it. 1924. I. 1092); Cass. del Regno, 17. Januar 1924 (Foro it. 1921 I. 205). App. Bari, 15. Dezember 1923 (Foro it. 1921. I. 231); vgl. auch App. Genova 14. April 1900 (Foro it. 1900. I. 872); Cass. Torino, 7. Dezember 1900 (Foro it. 1901. I. 456); Cass. Roma, 9. Juni 1902 (Foro it. 1902. I. 869); Cass. Roma, 19. August 1902 (Foro it. 1902. I. 1245 ff.), Anm. 1–2: „Quando però si tratti di qualità sostanziali della merce la giurisprudenza è prevalente nel ritenere che mancanza di tali qualità dia luogo non all' azione redibitoria, ma alla risoluzione per inadempimento contrattuale." Und viele dort angeführte Entscheidungen.

Ramella (p. 173) hat die Frage des aliud ausführlicher behandelt Auch er sieht die Lieferung des aliud pro alio als Nichterfüllung an. Es sei daher beim Handelskaufe nicht art. 70 C.com.it. anzuwenden, sondern art. 917 C.com.it. mit der für den Käufer weitaus günstigeren Verjährungsfrist [36]). Aus der neuesten Zeit gibt es eine italienische Entscheidung, Cass.Civ. v. 14. Januar 1932 (Giur.it. 1932. I. 1, 986) [37]), welche die Lieferung von Kohlen von anderer als der bestimmten Qualität, sodaß sie für den vom Käufer beabsichtigten Zweck völlig unverwendbar waren, als Lieferung eines aliud ansieht und damit in Gegensatz zu der oben angeführten Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts tritt. (R. 13, S. 16/17 Nr. 17.)

### b) Vom Quantitätsmangel.

Daß ein Quantitätsmangel, der dann vorliegt, wenn eine andere als die vertragsmäßig bedungene Menge der Kaufware geliefert worden ist, grundsätzlich kein Sachmangel im Sinne der Vorschriften für die Sachmängelhaftung ist, wird von Lehre und Rechtsprechung aller vier zu vergleichenden Länder anerkannt [38]). Jedoch wird oft betont, daß ein Quantitätsmangel im Sinne der Verkehrsauffassung zugleich ein Qualitätsmangel sein kann, der dann als Sachmangel anzusehen ist [39]). So ist z. B. im schweizerischen Recht entschieden worden, daß ein unrichtiges Einheitsmaß einen Qualitätsmangel im Sinne des art. 197 O.R. darstellen kann (Oser-Schönenberger V S. 833). Im übrigen wird sich der Käufer unbedeutende Abweichungen im handelsüblichen Umfange gefallen lassen müssen [40]).

---

[36]) Gegen die Anwendung des art. 917 C.com.it. bei Lieferung eines aliud wendet sich Bianchi, Risoluzione della vendita, in Dir.com., V, 1887, p. 177 ff. Im Falle des aliud pro alio will er art. 67 C.c.it. anwenden, der auf art. 1165 C.c.it. zurückgehe. Es handele sich nicht um eine actio ex contractu, die auf Irrtum beruhe (art. 1110 C.c.it. und dementsprechend art. 1300 C.c.it. und 917 C.com.it.), sondern um eine actio ex inadimpleto contractu, beruhend auf Nichterfüllung (art. 1165 C.c.it.).

[37]) Siehe auch Ztschr. f. Ausl. u. Intern. Privatrecht, 7. Jg. 1933, S. 683.

[38]) Z. B. für das französische Recht: Guillouard I, No. 434; Huc X, No. 150; Aubry et Rau V, p. 107, Anm. 6; Planiol-Ripert, X, 1, No. 129. — Für das italienische Recht: Ricci, VII, No. 177; Fubini, p. 332; Cass. di Torino, 31. Dezember 1886 (Dir. Com. 1887, 110). — Für das schweiz. Recht: Becker-Gmür, VI, S. 58; Luzern, 2. Januar 1893 (R. 12. S. 101, Nr. 97), eine Entscheidung, in welcher der Klage auf Gewährleistung wegen Quantitätsmängel — es handelt sich um Milchlieferungen, die nicht in genügendem Maße ausgeführt wurden — nicht stattgegeben wird. — Abweichend im deutschen Recht z. B. Staudinger, II, 2, S. 129, Nr. 3, nach welchem sich § 459 BGB sowohl auf Qualitäts- wie auf Quantitätsmängel bezieht.

[39]) Troplong II, No. 559; Crome, Grundlehren des französ. Obligationenrechts, S. 62—63, Anm. 31; Zachariae-v. Lingenthal II, S. 489, Anm. 34; Ramella, p. 171: Quantitätsmangel gleich Sachmangel, z. B. beim Kauf eines Gobelin, dessen Umfang unzureichend ist; Gsell, S. 24/25 und die dort angeführte Entscheidung; Jaeger, S. 25.

[40]) Gsell, S. 26.

Das deutsche Recht hat in § 468 BGB eine Besonderheit geschaffen[41]). Danach haftet der Verkäufer eines Grundstückes dem Käufer für die Zusicherung einer bestimmten Größe wie für eine zugesicherte Eigenschaft. Jedoch bezieht sich diese Vorschrift, wie Fubini (p. 333) richtig betont, nur auf Grundstücke. Eine zweite Ausnahme dafür daß die Sachmängelhaftung auch auf Quantitätsmängel Anwendung findet, bildet die Bestimmung des § 378 HGB. Hiernach wird die Haftung des Verkäufers, sofern ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt, auch auf Abweichungen in der Quantität ausgedehnt, „sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte". Wo aber sind die Grenzen zwischen einer erheblichen und unerheblichen Abweichung? Nach objektiven Gesichtspunkten soll diese Frage beantwortet werden, aber die Schwierigkeit der richtigen Abgrenzung wird immer bleiben. Aus diesem Grunde nahm auch das neue schweizerische Obligationenrecht keinen dem § 378 HGB ähnlichen Rechtssatz auf[42]). Auch den beiden übrigen ausländischen Rechten ist eine solche Ausdehnung der Sachmängelhaftung auf Quantitätsmängel fremd.

### V. Gesetzlich bestimmte Fehler beim Viehkauf.

Eine Sonderbestimmung hat das BGB für die Fehler beim Viehkauf aufgestellt. Nach § 482 hat der Verkäufer nur bestimmte Fehler, sogenannte Hauptmängel, zu vertreten und diese auch nur, wenn sie sich innerhalb bestimmter Fristen, sogen. Gewährfristen, zeigen. Diese Hauptmängel, die jedoch nur beim Kauf der in § 481 aufgeführten Tierarten in Frage kommen, sind durch ein in § 482 II angekündigtes Blankettgesetz, die Kaiserliche Verordnung vom 27. März 1899, festgelegt worden. Der Verkäufer hat für diese bestimmten Fehler einzustehen, gleichgültig ob es sich um erhebliche oder unerhebliche handelt.

Die Haftung des Viehverkäufers nur für Hauptmängel ist deutschrechtlichen Ursprungs und hat sich anfangs als eine strengere Haftung gegenüber der Gewährleistungspflicht beim gewöhnlichen Kauf herausgebildet[43]). Durch die Fortentwicklung der Sachmängelhaftung

[41]) Abw. A. Henle, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, II: Schuldrecht, S. 603–04 (u. Anm. 8), der § 468 BGB nicht als Besonderheit ansieht, sondern als Beispiel dafür, daß der Größenmangel zu den Gewährleistungfehlern gehört.

[42]) Vgl. hierzu Gsell, S. 22; Jackson, Die Mängelrüge nach dtschem. u. schweiz. Recht, S. 48 ff.

[43]) Eine Haftung des Verkäufers für ihm unbekannte Mängel gab es im alten deutschen Recht beim gewöhnlichen Kauf nicht, sondern nur beim Viehkauf. Stellten sich bald nach der Uebergabe des verkauften Tieres gewisse schwere Mängel heraus, sogen. Hauptmängel, die ein für allemal festgelegt waren, dann war der Verk. verpflichtet, das Tier wiederzunehmen und den gezahlten Kaufpreis dem Käufer zurückzuerstatten. Der Wandlungsanspruch, den der Käufer in diesem Falle hatte, gründete sich also auf eine Haftung, die strenger war als beim gewöhnlichen Kauf, denn Kenntnis des Mangels auf Verkäuferseite war beim Viehkauf nicht erforderlich.

beim gewöhnlichen Kauf ist sie aber heute zu einer einschränkenden Haftung geworden.

Das schweizerische Recht hat auch einige Sonderregeln für den Viehkauf aufgestellt (Art. 198 u. 202 O.R.), jedoch im einzelnen abweichend vom BGB. Eine Sonderregel betr. „Hauptmängel" hat das heute gültige schweizerische Recht nicht aufzuweisen. Art. 890 des alten Obligationenrechtes hatte hinsichtlich der Gewährleistung wegen Viehmängel die Vorschriften der kantonalen Gesetzgebungen [44]) vorbehalten. Das revidierte Obligationenrecht hat sich jedoch dem sogen. Vertragsprinzip, d. h. Haftung nur für schriftlich zugesicherte Eigenschaften, angeschlossen (Art. 198 O.R.). Dies bedeutet gegenüber der allgemeinen Gewährleistungspflicht eine besondere Begünstigung des Verkäufers [45]).

Dagegen hat die französische Gesetzgebung, die der Regelung des Viehkaufes besondere Aufmerksamkeit geschenkt hat, im einzelnen festgelegt, welche Mängel beim Viehkauf als „vices rédhibitoires" anzusehen sind und für welche Tiere sie in Frage kommen. Ursprünglich waren in Frankreich für die Beurteilung eines Viehmangels allein die Ortsgebräuche, die in den einzelnen Provinzen erheblich voneinander abwichen, maßgebend (Charlin, p. 230 ff.). Auch der Code civil, der keine Sonderbestimmung für Viehkäufe aufzuweisen hat, hat die Bedeutung der Ortsgebräuche nicht aufgehoben. Diesem ungewissen Zustande hat das Gesetz vom 20. Mai 1838 ein Ende gemacht, indem es dem deutschrechtlichen System folgend den Verkäufer nur für gewisse gesetzlich festgelegte Viehmängel haftbar macht. An Stelle dieses Gesetzes ist heute das vom 2. August 1884 getreten [46], das in seinem art. 2 eine erschöpfende Aufzählung derjenigen Viehmängel gibt, die als Sachmängel im Sinne der art. 1641 ff. C.c. anzusehen sind [47]). Besonderes gilt für den Kauf von Tieren, die mit einer ansteckenden Krankheit behaftet sind. Nach dem Ges. vom 21. Juli 1881 ist ein derartiger Kauf untersagt und nichtig. Für solche Fehler sind die Vorschriften über die Sachmängelhaftung beim Kauf nicht anwendbar [48]).

Eine Sondergesetzgebung für Viehkäufe gibt es im italienischen Recht nicht. Die einzige gesetzliche Vorschrift betr. Viehmängel fin-

---

[44]) Einige Kantone hatten ausführliche Bestimmungen darüber aufgestellt, für welche Mängel der Verk. beim Viehkauf zu haften hätte, und ein Konkordat abgeschlossen betr. „Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel" vom 21. Juni 1854. Näheres hierüber und über kantonale Gebräuche bei Huber, System und Geschichte des schweiz. Privatrechts III, S. 726 ff.

[45]) Vgl. hierzu Becker-Gmür VI, S. 65, I; Jaeger, S. 20/21.

[46]) Abgeändert durch die Gesetze v. 23. Febr. 1905 und v. 7. Juli 1933 (Appendice au Recueil Dalloz, Lois nouvelles, 1933, p. 270 ff.).

[47]) Vgl. hierzu Déjean, Traité théorique et pratique de l'action rédhibitoire dans le commerce des animaux domestiques, No. 6 ff.; Guillouard II, No. 480; Aubry et Rau V, p. 118 ff., insbes. Anm. 31, wo weitere Literaturangaben zu finden sind.

[48]) Aubry et Rau V, p. 131 ff., § 355 ter; Planiol-Ripert X, 1, No. 584.

den wir in art. 1505 III C.c.it.: „L'azione redibitoria nelle vendite di animali non ha luogo che per i vizi determinati dalla legge o da usi locali". Hiernach hat der Verkäufer nur für die durch Gesetz oder Ortsgebräuche bestimmten Viehmängel einzustehen. Dieses in art. 1505 III angekündigte Gesetz ist aber niemals erschienen. Zwar ist in Italien mehrmals der Versuch gemacht worden, im Anschluß an das französische Beispiel unter Verwendung der herrschenden Ortsgebräuche ein Verzeichnis von Viehmängeln in Gesetzesform herauszugeben, aber ohne Erfolg[49]. So sind noch heute in Italien allein die Ortsgebräuche maßgebend.

Fraglich ist, ob bei Fehlen eines Ortsgebrauches die allgemeinen Vorschriften der art. 1498 ff. C.c.it. anzuwenden sind. Fubini (p. 348) lehnt es ab, da der Wortlaut des art. 1505 III dem widerspreche. Gasca (II No. 1564) dagegen findet keinen Grund, bei Fehlen von usi locali die allgemeinen Vorschriften nicht anzuwenden. Die italienische Rechtsprechung scheint sich im allgemeinen für Anwendbarkeit der art. 1498 ff. beim Fehlen eines Ortsgebrauches zu erklären. Eine Entscheidung vom 27. März 1878 (Cass. Torino, Foro it. 1878 Rep.voce: Vendita, No. 56) bestimmt, daß die art. 1498 ff. immer anwendbar seien, wenn im Falle des Viehkaufes das Tier infolge Krankheit — welche es auch sein möge, wenn sie nur zur Zeit des Kaufes bestehe — zugrunde geht, unabhängig davon, ob diese Krankheit einen vizio redibitorio nach dem Ortsgebrauche darstelle. Genau so entscheidet derselbe Kassationshof (2. Mai 1882, Foro it. 1882. I. 896), auch wenn es sich bei dem Tierkauf um keinen tötlichen Mangel handele, sondern wenn nur dadurch die Brauchbarkeit des Tieres derart gemindert würde, daß der Käufer es nicht gekauft oder einen geringeren Preis gezahlt haben würde, hätte er den Mangel gekannt[50]. Auf denselben Standpunkt hat sich der Kassationshof von Palermo gestellt, und zwar in einer Entscheidung vom 28. Dezember 1908 (Foro it. 1909. I. 200), wo es heißt: „In mancanza di usi locali sulla determinazione dei vizi redibitori, trattandosi di vendita di animali, si applica la disposizione dell'art. 1498 C.c.it." Dies ist besonders wichtig für die Einhaltung von Fristen, innerhalb derer die Mängel angezeigt werden müssen[51]. Im Gegensatz zu den angeführten Entscheidungen steht der Kassationshof von Florenz, der nach einem Urteil vom 15. Februar 1917 (Foro it. 1917. I. 527) bei Fehlen eines Ortsgebrauches in einer verborgenen Krankheit beim Viehkauf keinen Sachmangel erblickt und dementsprechend den Verkäufer nicht nach art. 1498 C.c.it. haften läßt.

Ein besonderes Viehmängelgesetz würde diese Unsicherheit beseitigen.

---

[49]) Gasca II, No. 1554; Fubini No. 209; Cuturi No. 114; Dusi, Istituzioni di diritto civile II, p. 128, Anm. 18.

[50]) Der Kassationshof Turin hat seine Ansicht nicht geändert. Vgl. z. B. die Entsch. vom 24. April 1909 (Foro it. 1909, I. 1392 m. Anm.), vom 21. Mai 1916 (Foro it. 1916 Rep. voce: Vendita No. 181), vom 24. Oktober 1917 (Foro it. 1918, I. 124).

[51]) Vgl. Lusignani, Sull'art. 1505 C.c.it., Anmerkung in: Foro it. 1900, I. 600 ff.

## § 3.
## Die zugesicherten Eigenschaften.

### I. Die Regelung im deutschen und schweizerischen Recht.

Außer der gesetzlichen gibt es auch eine auf Vertrag beruhende Sachmängelhaftung.

Nach § 459 II BGB haftet der Verkäufer dafür, daß die Sache zur Zeit des Gefahrübergangs die zugesicherten Eigenschaften [1]) hat. Der Begriff der „zugesicherten Eigenschaften" ist vom Gesetz nicht aufgestellt worden. (Vgl. Mot. II, S. 224.) Aber durch die Gegenüberstellung zum Fehler im ersten Absatz des § 459 folgt auch eine systematische Verschiedenheit der Begriffe. Das Reichsgericht versteht unter „Eigenschaften" nicht nur die natürlichen Merkmale der Sache, sondern auch solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache auszuüben pflegen (RGZ 59, 243) [2]). Dieser Rechtssatz ist vom Reichsgericht in feststehender Rechtsprechung festgehalten und von der Rechtslehre nicht angezweifelt worden. Es sind daher unter „Eigenschaften" nicht nur physische Zustände der Kaufsache zu verstehen, sondern alle Verhältnisse, die irgendwie geeignet sind, den Käufer zum Vertragsabschluß zu bestimmen, mithin auch solche, die nur den Liebhaberwert des Käufers betreffen.

Eine solche Eigenschaft muß aber vom Verkäufer „zugesichert" sein. Eine Zusicherung liegt dann vor, wenn die Erklärung vom Käufer als vertragsmäßig verlangt und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben worden ist [3]). Die Zusicherung unterscheidet sich damit von der bloßen Mitteilung (dem dictum des röm. Rechts), ist vielmehr ein Versprechen (promissum), das zum Vertragsinhalt gehört [4]). Allgemeine Anpreisungen fallen daher nicht unter den Begriff der Zusicherung [5]).

---

[1]) Schon im älteren römischen Zivilrecht hatte der Käufer einen Anspruch wegen Mängel der Kaufsache, wenn der Verk. den Mangel arglistig verschwiegen oder das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften (dicta et promissa) zugesagt hatte. Vgl. Hanausek I, S. 45; Sohm, Institutionen S. 424. Diese Ansprüche, die auf den Grundsätzen der bona fides beruhten, konnte der Käufer mit der actio emti geltend machen. — Aber auch im alten deutschen Recht konnte der Käufer Ansprüche wegen Mängel der Kaufsache geltend machen, wenn der Käufer diese Mängel arglistig verschwiegen oder das Nichtvorhandensein ausdrücklich zugesichert hatte. Vgl. Lex Baiuvariorum, hrsg. von Beyerle, München 1926, Tit. XVI: De venditionibus, Cap. 9, S. 154 ff.: „Sed postquam factum est negotium, non sit mutatum, nisi forte vitium invenerit, quod ille venditor caelavit; . . . Si autem venditor dixerit vitium, stet emptio, non potest mutare. Si autem non dixerit, mutare potest in illa die et in alia et tertia die".

[2]) So kann z. B. die Echtheit eines Bildes eine Eigenschaft des Bildes sein (RGZ 111, 240). Auch der Reinverdienst beim Handelsgeschäft ist nach RGZ 63, 60 eine Eigenschaft des Handelsgeschäftes. Vgl. auch § 468 BGB.

[3]) Schmidt, Bürgerl. Recht S. 206.

Auch das schweizerische Recht kennt den Begriff der „zugesicherten Eigenschaften" (Art. 197 O.R.). Im Sinne von Art. 197 gelten als Eigenschaften alle körperlichen und unkörperlichen Merkmale der Sache, die nach den Anschauungen des Verkehrs deren Wertschätzung beeinflussen. Auch sie müssen zugesichert, d. h. als einseitige rechtsgeschäftliche Erklärungen, die aber nicht notwendig in den Kaufvertrag selbst aufzunehmen sind, an den Käufer gerichtet sein [6]). In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft erblickt das schweizerische Recht im Anschluß an die Motive zum BGB (II S. 228) die Uebernahme einer Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und demzufolge das Versprechen, für alle Folgen einzustehen, wenn die Eigenschaft fehlt. Es genügt also nicht die bloße Angabe der Eigenschaft, denn bloße Anpreisungen des Verkäufers sind auch im schweizerischen Recht nicht als verbindliche Zusicherungen anzusehen [7]).

Die Zusicherung kann auch stillschweigend erfolgen. Dies ist zwar nicht unbestritten weder im deutschen noch im schweizerischen Recht [8]). Da aber das Gesetz keine ausdrückliche Zusicherung verlangt, kann auch aus einem Verhalten der Parteien auf eine stillschweigende Zusicherung geschlossen werden. Diese dürfte beim Verkauf einer Maschine vorliegen, denn in der Bezeichnung „Maschine" liegt die stillschweigende Zusicherung ihrer Funktion. Das schweize-

---

[4]) Diese Ansicht des RG ist jedoch nicht unbestritten geblieben. Vgl. Haymann in: Festgabe des RG, III, S. 338 ff., der das Wort „zugesichert" in § 459 II in einer ganz anderen Bedeutung versteht als in § 463. Nach der Ansicht des RG werde der Käufer, dem der Verkäufer durch ernst zu nehmende (einseitige) Angaben das Vorhandensein der Eigenschaft zugesichert habe, nicht geschützt. Das RG spreche damit dem einfachen dictum des röm. Rechts für das ganze Gewährleistungsgebiet jegliche Bedeutung ab. Nach Haymann bedeutet die Zusicherung in § 459 II so viel wie das dictum, die ernsthafte und bestimmte Angabe des Verkäufers über irgendwelche Eigenschaften. Für die Anwendung des § 463 verlangt H. in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung des RG, daß die Zusicherung den Tatbestand eines Garantievertrages erfülle. — Vgl. hierzu: Enneccerus-Lehmann, S. 388, A. 1; Küpper, Die Deutsche Rechtsprechung zur Frage der Zusicherung beim Kauf, S. 3—5, 27 ff.; Koch, Fehler und Zusicherung beim Kauf, S. 39 ff.

[5]) Nach Hanausek (I, S. 76) waren die ädilizischen Klagen des römischen Rechts nicht gegeben, wenn der Verk. sich besonderer Anpreisungen bedient hatte, die offensichtlich nur zum Zweck der Empfehlung gemacht waren. Auch das gemeine Recht kannte den Unterschied zwischen dicta et promissa, für die der Verk. einzustehen hatte, und den nicht ernstlich gemeinten Zusagen, den bloßen unverbindlichen Anpreisungen, die jedoch für den Käufer als solche erkennbar sein mußten. Vgl. auch Bechmann III, 2, § 352, S. 153; Dernburg, Pandekten II, § 100 a.

[6]) Oser-Schönenberger V, S. 831—32; Becker-Gmür VI, S. 61, Nr. 2; BGE 23, 177.

[7]) Oser-Schönenberger V, S. 831, Nr. 1a; Haberstich Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts II, S. 33.

[8]) Dafür: Enneccerus-Lehmann S. 390; RGRKom. II, S. 69; OLG Rostock, 11. März 1910 (OLG Rspr. 21, 197.; Becker-Gmür VI, S. 62, Nr. 12; Oser-Schönenberger V, S. 238, 1a. Dagegen: Staudinger II, 2, S. 137; Jaeger S. 37.

rische Bundesgericht hat beim Verkauf von Sachen, die einen den Gebrauch anzeigenden Namen tragen, wie z. B. Kopiertinte, Zahnwasser usw., im Anbieten solcher Sachen eine stillschweigende Zusicherung gesehen, nämlich daß diese angebotenen Sachen zu dem durch den Namen angedeuteten Gebrauch tauglich seien [9]). Als Schulbeispiel für eine stillschweigende Zusicherung dürfte m. E. der von Oertmann (Recht d. Schuldverh. 2. Abt. S. 595) gewählte Briefmarkenfall anzusehen sein. „Legt jemand z. B. eine Helgolandmarke erster Emission zum Kauf vor für den Preis von 10 M, so liegt darin auch ohne jede ausdrückliche weitere Bemerkung die Zusicherung, daß es sich um ein Original und nicht etwa um einen zu 10 Pfg. erhältlichen Neudruck handele." Die stillschweigende Zusicherung bezieht sich hier auf die Echtheit der Marke [10]). Ein bloßes Stillschweigen wird jedoch nicht genügen, um eine derartige Zusicherung zu begründen, vielmehr muß sie durch eine positive Willensbetätigung zum Inhalt des Vertrages gemacht sein (OLG Rspr. 21, 198). Auch genügt nicht eine vertragsmäßig vorausgesetzte Eigenschaft ,denn diese gilt nicht ohne weiteres als zugesichert [11]). Aber die Grenzen sind hier flüssig. Es wird daher äußerste Vorsicht geboten sein bei Annahme stillschweigender Zusicherungen.

Nach deutschem Recht wird, wenn für den Kauf eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, nach der herrschenden Ansicht auch für die Zusicherung diese Form verlangt, z. B. beim Grundstückskauf, § 313 BGB. Das schweizerische Recht verlangt dagegen nicht die für den Kaufvertrag vorgeschriebene Form, mündliche Zusicherungen sind daher auch beim Grundstückskauf verbindlich [12]). Dagegen besteht in Art. 198 O. R. eine gesetzliche Ausnahme von der Formfreiheit der Zusicherungen beim Viehkauf.

Ob die zugesicherte Eigenschaft wesentlich (bzw. erheblich) ist, spielt weder im deutschen noch im schweizerischen Recht eine Rolle. Der Begriff der „wesentlichen" Eigenschaften im Sinne des § 119 II BGB umfaßt nur besonders wichtige Eigenschaften und deckt sich nicht mit dem in § 459 aufgestellten, denn zusichern kann man jede Eigenschaft [13]). Auch darüber, daß nicht nur das Vorhandensein, sondern auch das Fehlen einer Eigenschaft zugesichert werden kann, besteht zwischen den beiden Rechten keine Meinungsverschieden-

---

[9]) Vgl. BGE 25 II, S. 631. — Dagegen Jaeger S. 38, Anm. 1, der in solchen Angaben nicht nur eine stillschweigende, sondern eine ausdrückliche Zusicherung erblickt. Auch nach Becker-Gmür VI, S. 62 Nr. 13 handelt es sich hier um eine ausdrückliche Zusicherung.

[10]) So auch Becker-Gmür VI, S. 62, Nr. 14. — Abw. A. Jaeger, S. 37.

[11]) Vgl. RGZ 114, 241; BGE 20, 41: „Welcher Gebrauch als vertragsmäßig vorausgesetzt werden könne, muß sich, abgesehen von den besonderen Beredungen der Kontrahenten, aus den Umständen und der Natur des fraglichen Geschäfts ergeben". — Vgl. hierzu auch Schmidt, Bürgerl. Recht S. 206.

[12]) Becker-Gmür VI, S. 62, Nr. 12.

[13]) Schmidt, Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums und Wandelungsanspruch beim Kauf, S. 23.

heit. Auch die Abwesenheit eines Fehlers kann eine Eigenschaft und demzufolge zugesichert sein.

### II. Die Bedeutung des Fehlens zugesicherter Eigenschaften im französischen und italienischen Recht.

Im französischen und italienischen Gesetzestext — und ebenso im italienisch-französischen Entwurf — suchen wir vergebens den Begriff der „zugesicherten Eigenschaften". Den Ausdruck „Eigenschaft" (qualité) finden wir zwar in art. 1647 C.c, aber nicht in Verbindung mit „Zusicherung". Auch ein großer Teil der französischen Rechtslehre beschäftigt sich nicht mit den „zugesicherten Eigenschaften".

Daß das bloße Fehlen einer Eigenschaft, die der Käufer bei der Kaufsache zu finden glaubte, noch keinen vice rédhibitoire darstellt, wird in der französischen Rechtslehre nirgends bezweifelt [14]). Auch unser deutsches Recht erblickt hierin noch keinen Sachmangel, es sei denn, daß diese Eigenschaft vom Verkäufer besonders zugesichert ist. Selbstverständlich kann das Nichtvorhandensein (bzw. das Vorhandensein) einer Eigenschaft zugleich einen Fehler darstellen, der die Brauchbarkeit der Kaufsache gemäß art. 1641 C.c. beeinflußt. In derartigen Fällen würden die Vorschriften über die Sachmängelhaftung anwendbar sein. Planiol (II No. 1462) zählt z. B. unter die vices rédhibitoires auch den défaut de qualité dans un objet mobilier. Im italienischen Recht wird die Möglichkeit, daß das Fehlen einer Eigenschaft zugleich ein Fehler sein kann, kaum hervorgehoben. Man betrachtet den Fehler (vizio) und das Fehlen einer Eigenschaft (mancanza di qualità) als zwei gänzlich verschiedene Begriffe, die man streng voneinander abgrenzen müsse. Es wird in der italienischen Rechtslehre zwar vielfach daraufhingewiesen, daß man zwischen beiden Begriffen einen Unterschied machen muß, aber worin das Wesen dieses Unterschiedes liegt, sagt niemand. Gasca (II No. 1526) begnügt sich nur mit den Worten: „il vizio non dev' essere mancanza o differenza di qualità sostanziale od accidentale". In demselben Sinne Cuturi (No. 117), der zwar verschiedene Entscheidungen anführt, aber zur Klärung der Begriffe wenig beiträgt [15]).

Fehlt eine vom Verkäufer ausdrücklich versprochene bestimmte Eigenschaft der Kaufsache, dann hat nach einer in Frankreich sehr verbreiteten Ansicht der Verkäufer nicht erfüllt. Dem Käufer wird dann die action en résolution nach art. 1184 C.c. bzw. die action en

---

[14]) Z. B. Huc X, No. 142: L'absence d'une qualité n'est pas un défaut; Laurent XXIV No. 281; Beudant No. 257; Aubry et Rau V, p. 106, Anm. 4.

[15]) Vgl. hierzu Tendi No. 475, der an Hand von Beispielen zeigt, „quanta sia la confusione che domina a riguardo della distinzione dei vizi e della mancanza di qualità". Ebenso Ascarelli Azione redibitoria e qualità contrattualmente determinate in: Foro it, 1925. I. 398: „Si tratta di una vera incertezza di criteri". Carnelutti, Il vizio redibitorio nel contratto di lavoro in: Riv.dir.com. 1910, p. 521.

nullité pour dol nach art. 1116 C.c. gegeben[16]). Letztere setzt voraus, daß der Verkäufer bösgläubig ist. Der Verkäufer haftet demnach für dicta et promissa nicht auf Grund der art. 1641 ff C.c., sondern nach allgemeinen Grundsätzen. Wenn jedoch durch das Nichtvorhandensein der vom Verkäufer ausdrücklich versprochenen Eigenschaft die Kaufsache nach art. 1641 fehlerhaft wird, dann geben z. B. Planiol-Ripert (X, 1, p. 126) dem Käufer außerdem noch die Ansprüche aus art. 1641 ff., mithin haben wir Konkurrenz der Gewährleistungsansprüche mit den Ansprüchen wegen Nichterfüllung[17]). Nur auf Grund der art. 1641 ff. haftet der Verkäufer beim Fehlen einer versprochenen Eigenschaft nach Ansicht von Aubry et Rau (V p. 106 Anm. 4), die demnach das Fehlen zugesicherter Eigenschaften nicht als Nichterfüllung ansehen und damit sich an das ädilizische Recht anschließen. Jedoch ist dies ihre Ansicht nur, soweit es sich um den gewöhnlichen Kauf handelt. Beim Viehkauf dagegen, wo der Verkäufer nur gesetzlich bestimmte Fehler zu vertreten hat, nehmen sie beim Fehlen besonderer zugesicherter Eigenschaften auch Nichterfüllung an.

Die herrschende italienische Lehre behandelt ebenfalls das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften als Nichterfüllung (art. 1165 C.c.it.). Damit steht sie in krassem Gegensatz zum ädilizischen Recht, dessen Grundsätze sie unter der Herrschaft des fremden französischen Einflusses verlassen hat. Da im italienischen Gesetzestext die zugesicherten Eigenschaften nicht erwähnt sind, kann man ihr Fehlen nicht ohne weiteres als Sachmangel ansehen. So Fubini (No. 204): „La nostra legge a differenza di altre non comprende nei casi di 'garanzia' la mancanza di qualità pattuite"[18]). Im Gegensatz zur herrschenden Lehre stehen nur Ricci (VII No. 177) und Pulvirenti[19]) Letzterer lehnt sich an die Bestimmung des § 459 II BGB an, den er im Sinne des ädilizischen Rechtes für richtig hält und dehnt demzufolge die Anwendbarkeit der art. 1498 ff. C.c.it. auch auf das Fehlen zugesicherter Eigenschaften aus.

Eine Entscheidung des römischen Kassationshofes vom 19. August 1902 (Foro it. 1902. I. 1245 ff.) ist Gegenstand lebhafter Erörterungen geworden. In dem hier behandelten Fall ist statt des ausbedungenen

---

[16]) Huc X, No. 142; Laurent XXIV No. 281; Zachariae-v. Lingenthal II, S. 489, Anm. 32; Planiol-Ripert X, 1, p. 126—27. — Für die franz. Rechtspr. vgl. Req. 9. März 1910 (D.P. 1911. 1. 433) u. Req. 16. Mai 1911 (D.P. 1912. 1. 271) mit mehreren Angaben.

[17]) Siehe auch Rechtsvergl. Handwörterb. IV, S. 755.

[18]) Ebenso: Tendi No. 475; Ruggiero, Istituzioni di diritto civ. ital. II, p. 304 insbes. Anm. 4; Cuturi No. 117; Olivieri, p. 26 u. 31; Barassi, p 297. - Vgl. auch Fubini, Ancora sui criteri dell'azione redibitoria dalla contrattuale, in Riv.dir.com. XVI 1918. II. p. 22 ff.

[19]) p. 582, 583 — nach P. ist demnach auch die Anzeige des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft an die zweitägige Frist des art. 70 C.com.it. gebunden. Er stützt sich dabei auf § 377 dtsch. HGB (bzw. § 347 altes dtsch. HGB), von dem art. 70 abgeleitet sei. P. sieht keinen Grund, weshalb man bei den vizi apparenti die zweitägige Frist des art. 70 anwende, bei mancanza di qualità dagegen nicht.

und versprochenen 93 gradigen Alkohols nur 58 gradiger geliefert worden. Hierin wird nicht ein Fehler der Substanz (sostanza), auch nicht des Wesens (essenzialità) der Kaufsache gesehen, sondern nur ein Fehlen der Eigenschaft (qualità). Es wird art. 1498 C.c.it. für anwendbar erklärt und im Anschluß daran art. 70 C.com.it., welcher die Anzeige des Mangels innerhalb der zweitägigen Frist fordert. Fubini (No. 203, 204) hat diese Entscheidung sehr angegriffen. Er versteht den Begriff des vizio redibitorio in viel engerem Sinne als der genannte Kassationshof, der auch das Fehlen vertraglich zugesicherter Eigenschaften als Fehler im Sinne des art. 1498 ansieht.

In der italienischen Rechtsprechung ist es lange zweifelhaft gewesen, ob das Fehlen zugesicherter Eigenschaften im Anschluß an die herrschende Rechtslehre als Nichterfüllung anzusehen sei oder ob man der Entscheidung des römischen Kassationshofes vom 19. August 1902 folgen solle. Es gibt viele Entscheidungen hierüber, die teils für teils gegen die Ansicht des römischen Kassationshofes gefällt sind. Neuerdings hat sich jedoch die italienische Rechtsprechung überwiegend der herrschenden Lehre angeschlossen und den Standpunkt der Entscheidung vom August 1902 verlassen [20]).

Die neue Rechtsprechung geht sogar noch weiter. Fehlt der Kaufsache eine nicht zugesicherte, aber wesentliche Eigenschaft, die sie zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch untauglich macht, dann wird bereits Nichterfüllung angenommen. So wird z. B. in einer Entscheidung des Kassationshofes vom 30. Okt. 1928 (Giur.it. 1929. I. 1 92) dem Käufer die Klage aus art. 1165 C.c.it. gegeben, weil dem verkauften Jagdhund der Geruchssinn fehlt [21]). Schwer wird in vielen Fällen die Feststellung sein, ob die fehlende Eigenschaft „wesentlich" ist oder nicht. Es wird sich bei einer wesentlichen Eigenschaft immer um eine besonders wichtige Eigenschaft handeln. Nach einer Entscheidung des Mailänder Appellationshofes gehören zu den wesentlichen Eigenschaften sowohl diejenigen Eigenschaften, die von den

---

[20]) Vgl. im Anschluß an die Entscheidung des Cass. di Roma v. 19. Aug. 1902: Cass. del Regno, 13. Okt. 1924 (Foro it. 1924. I. 1092); Cass. del Regno, 17. Jan. 1924 (Foro it. 1924. I. 205). In der letztgenannten Entscheidung wird zwar der Klage aus art. 1165 C.c.it. stattgegeben, aber nicht weil die zugesicherte Eigenschaft fehle, sondern weil die gelieferte Sache (Leder für Handschuhe) essenzialmente e sostanzialmente diversa da quella pattuita sei, also Fall des aliud pro alio. Es wird in dieser Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen, daß beim Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft nicht art. 1165, sondern art. 1498 Platz greife. — Vgl. auch die Entscheidungen in Foro it. 1922 Rep., voce Vendita, No. 273 ff. — Im Gegensatz hierzu: App. Venezia. 10. Dezember 01 (Foro it. 1902 Rep., voce Vendita No. 70); Cass. Torino, 7. Dezember 1900 Foro it. 1901. I. 456); Cass. Civ. 8. Juni 1928 (Giur.it. 1928. I, 1. 1050); Cass. Civ. 9. März 1929 (Giur.it. 1929. I. 1. 330).

[21]) Siehe auch Ztschr. f. Ausl. u. Internat. Privatrecht, 4. Jahrgang 1930 S. 1002. — Vgl. auch: Cass. Civ. 5. März 1926 (Giur.it. 1926. I, 1. 391), die der angeführten Entscheidung vom 30. Okt. 1928 als Vorbild gedient hat. Ebenso: App. Milano 22. Febr. 1929 (Giur.it. 1929. I, 2. 226); Cass. Civ. 8. Juni 1928 (Giur.it. 1928. I, 1. 1050); Cass. Civ. 9. März 1929 (Giur.it. 1929. I, 1. 330); Trib. Bologna 14. Februar 1929 (Giur.it. 1929 Rep. p. 524 No. 144).

Parteien als wesentlich erachtet werden als auch die objektiv wesentlichen. Was aber unter letzteren zu verstehen ist, ist sehr zweifelhaft [22]). In einer Entscheidung des Appellationshofes Bari vom 15. Dezember 1923 (Foro it. 1924. I. 231) handelt es sich um den Kauf von Seife, die in Farbe und Form verschieden ausfällt. Da die Substanz (Seife) die gleiche sei, wird diese Verschiedenheit als Fehlen einer wesentlichen Eigenschaft (qualità essenziale) bezeichnet. Die Vorschriften der art. 1498 ff. C.c.it. werden nicht für anwendbar erklärt, sondern es wird Nichterfüllung angenommen (art. 1165) [23]).

Ein besonderes Beispiel eines Falles der zugesicherten Eigenschaften ist der Kauf nach Probe oder nach Muster. Während im deutschen Recht die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Sachmängelhaftung für diesen Fall im Gesetz besonders ausgesprochen ist (§ 494 BGB), herrschen in den beiden romanischen Rechten Zweifel. Nach Colin-Capitant (II p. 530) bedeutet die Nichtübereinstimmung mit der Probe ein vice rédhibitoire, auf den art. 1641 C.c. anzuwenden ist [24]). Aber die herrschende Lehre und Rechtsprechung Frankreichs erblicken auch hierin Nichterfüllung und sind demgemäß für Anwendbarkeit des art. 1184 C.c. [25]).

Im italienischen Recht wird ebenfalls in der Verschiedenheit der gelieferten Ware von der Probe vielfach Nichterfüllung gesehen im Anschluß an die Behandlung des Fehlens zugesicherter Eigenschaften. Die Vorschriften über die Sachmängelhaftung sind daher beim Kauf nach Probe oder nach Muster nach herrschender Lehre nicht anwendbar. Die italienische Rechtsprechung hat zwar diese Ansicht nicht immer geteilt [26]).

---

[22]) App. Milano, 20. Okt. 1930 in Ztschr. f. Ausl. u. Internat. Privatrecht, 6. Jg. 1932, S. 1006. Dem Ausdruck „feinste Qualität" (hier Farbe zu Dekorationszwecken) kann keine klare Bedeutung beigelegt werden. Es ist ein unbestimmter, einen gewissen Ermessensspielraum lassender Ausdruck, den man nicht objektiv feststellen kann. Daher kann Nichterfüllung nicht angenommen werden.

[23]) Im Gegensatz hierzu: Cass. Roma 30. Jan. 1917 (Foro it. 1917. I. 129); Cass. Civ. 7. Mai 1930 (Giur.it. 1930. I. 794). In diesen Entscheidungen kommt zum Ausdruck, daß art. 1498 ff. auch bei Fehlen einer Eigenschaft anzuwenden sind, wenn hierdurch die Kaufsache mehr oder weniger ungeeignet zum Gebrauch wird.

[24]) Ebenso Huc X, No. 144.

[25]) Z. B. Planiol-Ripert X, 1, p. 126; Guillouard I, No. 435; Aubry et Rau V, p. 107 Anm. 6. — Req. 22. Dez. 1903 (D.P. 1905. 1, 263); Req. 9. März 1910 (D.P. 1911. 1, 433) insbesondere Anm. 1—5; Fuzier-Herman IV, p. 112, No. 69.

[26]) Cuturi No. 117; Cass. Civ. 12. Nov. 1930 (Giur.it. 1931. I. 1. 112) „nel caso di vendita su campione la difformità da esso della merce consegnata costituisce inadempimento contrattuale, non semplice vizio redibitorio". — a. A.: Cass. Civ. 11. Juni 1932 (Giur.it. 1932. I. 1. 1031); App. Milano 25. Januar 1928 (Giur.it. 1928 Rep. p. 529 No. 73/74) betrachtet den Kauf nach Katalog nicht als Kauf nach Probe und wendet art. 1498 an; vgl. auch: Cass. del Regno 31. Okt. 1924 (Foro it. 1925. I. 398), eine Entscheidung, welche den Kauf nach Probe als Kauf unter Zusicherung besonderer Eigenschaft ansieht und im Anschluß an das ädilizische Recht art. 1498 anwendet. Im Anschluß hieran die Anmerkung von Ascarelli „Azione redibitoria e qualità contrattualmente determinate."

## § 4.

## Sachmangel und Sachirrtum.

Die französische Rechtslehre hat sich wiederholt damit beschäftigt, einen Unterschied zwischen den Tatbeständen des Sachmangels und des Sachirrtums zu finden.

Bleibt die Kaufsache trotz Fehlens einer Eigenschaft, die der Käufer erwartet hatte, geeignet zum Gebrauch, zu dem sie bestimmt ist, dann gibt das französische Recht dem Käufer nicht die Klage aus art. 1184 C.c., sondern nur die „action en nullité pour erreur" nach art. 1110 C.c. mit der zehnjährigen Ausschlußfrist des art. 1304 C.c.. Die fehlende Eigenschaft muß aber wesentlich (substantielle) sein, m. a. W., der Käufer muß sich in einem Irrtum über das Wesen der Sache befunden haben [1]). Wann ein solcher Irrtum des Käufers vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Nach Aubry et Rau (V. p. 106 Anm. 5) ist die Nichtigkeitsklage wegen Irrtums dann zu geben, wenn die fehlende Eigenschaft eine ausdrückliche oder stillschweigende Bedingung des Kaufes gewesen ist. Baudry-Lacantinerie et Saignat (XIX No. 425 V) führen eine Entscheidung an — Trib. de com. de la Seine, 4. April 1884 — wonach sowohl art. 1110 als auch art. 1641 anzuwenden sind. Es handelt sich in dieser Entscheidung um den Kauf einer Perle, von welcher der Käufer glaubte, sie sei echt, in Wahrheit war es aber eine Nachbildung. Die betreffende Entscheidung wird für unrichtig und nur art. 1110 für anwendbar erklärt, denn es liege hier ein Irrtum vor und nicht ein verborgener Fehler. Der Kaufvertrag sei wegen Fehlens der Uebereinstimmung nicht zustande gekommen und die art. 1641 ff. könnten doch nur dann in Wirksamkeit treten, wenn ein gültiger Kaufvertrag vorliege. Oft wird in der französischen Rechtslehre darauf hingewiesen, daß der Anspruch aus art. 1110 häufig mit den Ansprüchen aus art. 1641 ff. C.c. verwechselt worden sei [2]), aber keiner der Schriftsteller spricht klar aus, wo die Grenze liegt. Jedenfalls soll der Sachmangel-Tatbestand nur dann vorliegen, wenn die Sache objektiv betrachtet fehlerhaft ist.

Im Anschluß an das französische Recht ist auch von italienischen Schriftstellern betont worden, daß man den Tatbestand des Sachmangels und den des Sachirrtums nicht verwechseln dürfe [3]).

---

[1]) Vgl. hierzu: Planiol-Ripert X, 1, p. 128; Colin-Capitant II, p. 530; Guillouard I, No. 416. - Haymann, Anfechtung, Sachmängelgew. u. Vertragserfüllung b. Kauf S. 10: „Im Gebiete des Cod.civ. scheint die Irrtumsanfechtung wohl darum, weil sie auf den Fall des Irrtums über die Substanz (art. 1110) eingeschränkt ist, in der Praxis zu nennenswerten Kollisionen mit dem auf die Haftung für „Fehler" (nicht für zugesagte Eigenschaften) eingeschränkten Gewährleistungsrecht (art. 1641 keinen Anlaß gegeben zu haben."

[2]) Guillouard I. No. 416; Beudant No. 218; Rep. gén. XXXVI, No. 1597; Zachariae-v. Lingenthal II. S. 489, Anm. 33.

[3]) Z. B. Tendi No. 472; Pulvirenti p. 578; Dusi II. p. 128, Anm. 20: „In pratica sorge la necessità anche per il diverso termine di esperibilità (art. 1300, 1505), di distinguere l'azione in garantia per vizi occulti da quella di nullità per l'errore sulle qualità sostan-

Eine klare Trennungslinie zwischen beiden Begriffen vermag jedoch niemand zu ziehen. Ascoli (Anmerkung z. Cass. Roma, 26. Jan. 1920, Foro it. 1920 I. 250 -53) und Bianchi[4]) haben versucht, beide Tatbestände voneinander abzugrenzen. Sie gehen in ihren Betrachtungen — ebenso wie Laurent[5]) und Baudry-Lacantinerie et Saignat[6]) — davon aus, daß sowohl die Klage aus art. 1110 C.c.it. (Azione di nullità per errore) als auch die Klagen aus art. 1498 ff. C.c.it. (Azioni per vizi redibitori) auf einem Irrtum beruhten. Ascoli unterscheidet zwischen einem errore accidentale (nebensächlichen Irrtum) und einem errore sostanziale (wesentlichen Irrtum). Nur im letzteren Falle, d. h. wenn der Käufer sich in einem Irrtum über das Wesen der Sache befunden habe, sei art. 1110 C.c.it. anwendbar. Wann jedoch ein „nebensächlicher" Irrtum, wann ein „wesentlicher" anzunehmen ist, bleibt unbeantwortet. Aehnlich sind die Ausführungen von Bianchi[7]), der sich jedoch allgemein darauf beschränkt, die gesetzliche Regelung beider Klagen im einzelnen zu vergleichen, ohne etwas über den Unterschied zwischen Sachmangel und Sachirrtum zu sagen. Im Gegensatz zu diesen beiden Schriftstellern steht Giorgi[8]), der die Unterscheidung zwischen beiden Begriffen für einen Trugschluß (Sofisma) hält[9]).

---

ziali" — und weiter einige Beispiele: „Errori su qualità sostanziali sono per. es.: il vino era già aceto, il grano stipulato dal Fucino era di Rieti, il cavallo stipulato da corsa era da lavoro. — Vizi sono: il vino avea la muffa, il grano era guasto il cavallo era bensì da corsa ma avea un difetto, per il quale, o morì dopo la consegna, o non poteva più servire". Diese Beispiele entsprechen der römischrechtlichen und gemeinrechtlichen Auffassung. Vgl. Savigny, System, 3. Bd., S. 283. Dieselbe Meinung wird von Enneccerus in den früheren Auflagen vertreten, vgl. Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Allgem. Teil, 12. Bearb. 1928, S. 427, b u. c, und Recht d. Schuldverh. 10. Bearb. 1928, S. 352—53. Ebenso v. Tuhr, Allgem. Teil d. BGB II, 1, § 67, S. 578 ff. — Mit seinen Beispielen für den Irrtumstatbestand dürfte Dusi in Gegensatz zur neuesten italienischen Rechtsprechung stehen, die den Kauf des Weines, der schon Essig war, und des Rennpferdes, das sich nachher als Arbeitspferd herausstellt, unter dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung behandeln würde. In beiden Fällen würde der Kaufsache eine Eigenschaft fehlen, die sie zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch untauglich macht.

[4]) Azione di nullità per errore e azione per vizi redibitori nella vendita, in Riv. it. p. le sc. giur., XI, 1891, p. 321 ff.

[5]) XXIV No. 278: „Il y a une analogie apparente entre les vices rédhibitoires et l'erreur sur la substance de la chose. Quand la chose est infectée d'un vice rédhibitoire, l'acheteur est aussi dans l'erreur sur une qualité de la chose et il est possible, que le vendeur partage cette erreur". — Siehe auch No. 281 — dagegen Charlin p. 141.

[6]) XIX, No. 414. — Ebenso Capitant, De la cause des obligations, p. 232, No. 106: „On a souvent rapproché la théorie de l'erreur de celle de la garantie des défauts de la chose objet du contrat. Toutes deux ont eu effet le même fondement". So auch die französische Rechtsprechung. Vgl. Trib. civ. de Saint-Amand 17. März 1911 (D.P. 1913. 2, 48): art. 1641 n'est en réalité qu'une application de la règle générale édictée à l'article 1110.

[7]) p. 336: „L'azione di nullità è concessa solo per errore sostanziale: la redibitoria anche per un errore che abbia influito soltanto sul prezzo d'acquisto".

Da im französischen und italienischen Recht die Haftung des Verkäufers für verborgene Fehler im Sinne der art. 1641 C. c. und 1498 C.c.it. nicht Platz greift, wenn der Fehler sich auf das Wesen, auf die Substanz der Kaufsache bezieht, wird in einem derartigen Falle dem Käufer entweder die Klage wegen Nichterfüllung gegeben (art. 1184 C.c.; art. 1165 C.c.it.) oder die Anfechtungsklage nach art. 1110 C.c. (bzw. 1110 C.c.it.). Voraussetzung für die Irrtumsanfechtung ist zunächst, daß die Kaufsache trotz des Fehlers nicht im Gebrauch beeinträchtigt wird. Sodann muß, damit Irrtum angenommen werden kann, eine wesentliche Eigenschaft fehlen, die nach ausdrücklicher oder stillschweigender Willenseinigung der Parteien zum Vertragsinhalt erhoben worden ist. (Vgl. Aubry et Rau V. p. 106, Anm. 5). Als besonderes Beispiel für den Irrtumsfall wird in den romanischen Rechten oft der Kauf eines unechten Kunstwerkes (Gemälde, Altertumsstück) angeführt, im Gegensatz zum deutschen Recht, das diesen Fall den Regeln der Sachmängelhaftung unterstellt. So finden wir z. B. im Rép.gén. XXXVI No. 1598: „Il résulte de ce principe qu'un tableau ne serait pas atteint d'un vice rédhibitoire, par cela seul que, acheté avec la pensée qu'il était d'un artiste célèbre, il se trouverait être d'un peintre ordinaire". Und No. 1599: „De même, dans une vente d'objets d'art anciens lorsqu'ancienneté et l'authenticité de ces objets avaient été garanties à l'acheteur et l'avaient déterminé à acquérir, le défaut d'authenticité constitue, non un vice caché donnant lieu à l'action résolutoire qui doit être, aux termes de l'article 1648 intentée dans un bref délai, mais une erreur substantielle entraînant la nullité de la vente" [10]).

In der italienischen Rechtsprechung ist der Kauf eines unechten Gemäldes vor kurzem behandelt worden [11]). Die italienische

[8]) Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, IV, No. 70 p. 98/99.

[9]) Vgl. Olivieri p. 28: „Giorgi, discorendo brevemente la materia dei vizi redibitori (vol. IV No. 70) non sa scoprire un criterio razionale e positivo della differenza ideologica fra errore vizio di consensu ed errore vizio redibitorio; e conchiude che, in pratica, la distinzione „lungi dall'essere utile, si riduce a una restrizione dei termini, onde proporre l'azione rescissoria per errore sostanziale nel contratto".

[10]) Ebenso Troplong II, No. 555; Rogron, Code civil expliqué, p. 2138; Guillouard I, No. 416; Laurent XXIV, No. 278; Huc X, No. 142; Baudry-Lacantinerie et Saignat XIX, No. 414. — Nicht richtig m. E. die Ausführungen in Ziv.Ges. der Gegenwart, I. Cod. civ. Anmkg. z. art. 1641 43: „Hervorgehoben sei hier nur, daß die Judikatur auch das Fehlen gewisser immaterieller Eigenschaften (Echtheit eines Bildes, eines Altertumsstücks) als Sachmängel ansieht, die die Anwendung der art. 1641 ff. rechtfertigen; so auch die herrschende Lehre". Es werden für diese Behauptung an dieser Stelle keine Belege angeführt. - Für die frz. Rechtspr. vgl. Paris 9. Jan. 1849 (S. 49. 2. 80); Paris 5. März 1890 (S. 90. 2. 133); Fuzier-Herman IV, p. 106 No. 1.

[11]) App. Milano 2. Juli 1926 (Giur.it. 1926. I, 2. 614 und Ztschr. f. Ausl. u. Intern. Priv. Recht 1. Jahrg. 1927, S. 617). — Vgl. auch App. Venezia 7. Jan. 1926 (Foro it. 1926, I. 163; Ztschr. f. Ausl. u. Intern. Priv. Recht. 1. Jahrg. 1927, S. 106) „Nella vendita di un' opera d'arte antica, specialmente fra persone esperte in materia, l'affer-

Entscheidung schließt sich an die herrschende französische Lehre und Rechtsprechung an und nimmt keine Garantiepflicht des Verkäufers nach art. 1498 C.c.it. an, sondern Irrtum über das Wesen der Kaufsache (art. 1110 C.c.it.). Ebenso Pacifici-Mazzoni[12]), die für alle derartigen Fälle die Sachmängelhaftung ausschließen.

Worin das Wesen des Unterschiedes zwischen Sachmangel und Sachirrtum liegt, wird durch die Ausführungen der romanischen Schriftsteller nicht deutlich. Die herrschende deutsche Meinung vertritt den Standpunkt, daß beide Tatbestände nicht völlig verschieden seien[13]). Für den Fall, daß sowohl der Sachmangeltatbestand als auch Irrtum nach § 119 II BGB vorliegt, hat das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 61, S. 175 ff., ausgeführt, daß für Sachmängel die Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 II abzulehnen ist. Die Sondervorschriften der §§ 459 ff., die das Gesetz zum Schutze der Verkehrssicherheit geschaffen habe, würden illusorisch gemacht, wenn man wegen der Nichtkenntnis des ädilizischen Fehlers neben der Wandlungsklage auch noch die Anfechtung des Vertrages aus § 119 II wegen Irrtums zulassen wollte. Vor allem würden die kurzen Verjährungsfristen des § 477 hinfällig, denn die Anwendbarkeit des Anfechtungsrechtes würde die Anfechtung 30 Jahre lang gestatten. Diese Entscheidung, der das Reichsgericht bisher in ständiger Rechtsprechung gefolgt ist, hat dabei völlig außer Acht gelassen, daß auch bei Zulassung der Irrtumsanfechtung für die Sachmängelvorschriften noch genügend Raum bleibt. Nicht in jedem Falle würde der Käufer den Vertrag nach § 119 II BGB wegen Irrtums anfechten können, da ja der Tatbestand der Wandlung vorliegen kann, ohne daß der Tatbestand der Anfechtung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gegeben ist. Auch würden in vielen Fällen die Rechtsfolgen der Wandlung für den Käufer günstiger sein als die der Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 II. Die Ansicht des Reichsgerichts, daß die Gewährleistungsvorschriften wegen Sachmängel illusorisch würden, entspricht daher nicht den Tatsachen, und seine Ausführungen sind demnach unhaltbar[14]).

---

mazione che si garantisce di un determinato autore può lasciare incertezza se si sia voluto assicurare che essa sia opera autentica dell'autore indicato, o solo che sia a lui attribuita". Im Zweifelsfalle wird letzteres anzunehmen sein, d. h. Zusicherung, daß es einem bestimmten Autor zugeschrieben wird.

[12]) V, 1 p. 299. — Vgl. auch Cass. Firenze 7. Dez. 1903 (Foro it. 1904. I. 221).

[13]) Vgl. Enneccerus-Lehmann S. 407 III. Anders die früheren Auflagen von Enneccerus, vgl. Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Allgem. Teil, 12. Bearb. 1928, S. 427 c, Recht der Schuldverh. 10. Bearb. 1928. S. 352; ebenso v. Tuhr, Allgem. Teil d. BGB, II, 1, § 67, S. 581. — Im Gegensatz zur heute herrschenden deutschen Meinung steht Henle II, S 602, nach welchem beide Tatbestände wesensverschieden sind. § 119 II handele vom Irrtum über eine Voraussetzung, die Gewährleistung dagegen beruhe auf Irrtum des Käufers in einer Voraussetzung. Gegenstand des Irrtums im Falle der Gewährleistung sei das Fehlen einer ädilizischen Eigenschaft. Vgl. auch Diestel Irrtum als Rechtsgrund der Sachmängelhaftung, gegen Süss, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel S. 201 ff.

Das schweizerische Recht hält eine Konkurrenz der Haftung für Sachmängel und der Anfechtung wegen Irrtums für möglich. Voraussetzung ist, daß der Irrtum im Vertragsabschluß vorliegt und sich nicht auf Mängel bezieht, die erst nach Vertragsabschluß eingetreten sind, demnach nicht im Falle des Gattungskaufes. Nach Oser-Schönenberger (V, S. 830, 5) müssen außerdem „die Mängel der Sache so groß sein, daß dadurch die notwendige Grundlage des Vertrages im Sinne von Art. 24 betroffen wird". Dann kann der Käufer außer den Sachmängelansprüchen auch die einseitige Unverbindlichkeit nach Art. 23 und 31 geltend machen. Letzteres ist für ihn von besonderem Vorteil, da die Verjährung erst von der Entdeckung des Irrtums beginnt, nicht wie nach Art. 210 von der Uebergabe der Sache an[15]).

## § 5.

## Maßgebender Zeitpunkt für das Vorhandensein der Sachmängel.

Für die Mängel der Kaufsache muß ein Zeitpunkt festgelegt werden, an dem die Haftung des Verkäufers erlischt. „Denn es versteht sich von selbst, daß der Käufer nicht Mängel ausspielen kann, die erst lange nach dem Kaufgeschäft entstanden sind; diese gehen dann vielmehr auf seine eigene Rechnung." (Hedemann S. 236.)

Nach dem Grundsatz „periculum est emtoris" hatte das gemeine Recht, dem römischen Rechte folgend, als entscheidenden Zeitpunkt für das Vorhandensein der Sachmängel den Kaufabschluß

---

[14]) Schmidt, Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht, S. 76, S. 85 ff. Vgl. insbesondere S. 90, wo dargelegt wird, daß die konsequente Durchführung der Ansicht des RG den § 119 II sogar bedeutungslos macht. Es heißt hier: „Wenn das Reichsgericht das Anfechtungsrecht des Käufers auf dem Gebiet des ädilizischen Fehlers deshalb verwirft, weil dadurch die beschränkenden Vorschriften des Wandelungsrechts illusorisch gemacht würden, so muß es konsequenterweise die Anfechtung auch beim Tausch, beim Miet- und Pachtvertrage ablehnen. Denn auch hier hat das Gesetz das Fehlerrecht in einer Weise geregelt, die sich gegenüber der Anfechtung zum Teil als eine Beschränkung darstellt (vgl §§ 515, 537, 581, 2, insbes. § 539)." — S. auch Schmidt, Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums u. Wandelungsanspruch beim Kauf, S. 98 ff.; Crome, System des dtschen Bürgerl. Rechts II, S. 444 Anm. 8. — Gegen die Ansicht des RG neuerdings auch Kreß, Lehrb. des Besonderen Schuldrechts S. 30. — Abw. A. z. B. Haymann, Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, S. 11 ff.; Planck, Komm. z. BGB II, 2. Hälfte: Recht der Schuldverh. (Besond. Teil), S. 693; Staudinger II, 2 S. 122, Nr. 5g; RGRKomm. II, S. 72d. Vgl. auch Henle II, S. 601, der zwar nicht mit derselben Begründung wie das RG die Irrtumsanfechtung nach § 119 II ausschließt, sondern weil die beiderseitigen Tatbestände wesensverschieden seien.

[15]) Oser-Schönenberger V, S. 831. — Vgl. auch Becker-Gmür VI, S. 55—56, IV.

angenommen [1]). Unser deutsches Bürgerliches Gesetzbuch ist ihm hierin nicht gefolgt, sondern erklärt in § 459 I für die Beurteilung, ob ein die Gewährleistungspflicht begründender Sachmangel vorliegt, grundsätzlich den Zeitpunkt des Gefahrüberganges für maßgebend [2]). Dieser fällt in der Regel mit der Uebergabe der Kaufsache (§ 446 BGB) zusammen, abgesehen von besonderer Uebereinkunft der Parteien [3]) und von der Sonderbestimmung des § 447 über den Fernkauf.

Den Zeitpunkt des Gefahrüberganges betrachten auch Lehre und Rechtsprechung des schweizerischen Rechts übereinstimmend als maßgebend für die Beurteilung der Frage des Vorhandenseins von Sachmängeln [4]). Das schweizerische Recht weicht jedoch vom deutschen insofern erheblich ab, als Art. 185 O.R. bestimmt, daß „Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber übergehen". Dieser Artikel beantwortet die Frage nach der Gefahrtragung im römischrechtlichen Sinne, das BGB dagegen nach deutschrechtlichen Grundsätzen, denn das deutsche Kaufrecht, das besonders auf den Viehkauf zugeschnitten war — im Gegensatz zum Warenkauf des römischen Rechts — ließ die Gefahr erst mit dem Eigentumsübergang auf den Käufer übergehen. Ist die Kaufsache demnach im Augenblick des Kaufabschlusses mängelfrei und zeigen sich die Mängel später vor Uebergabe der Sache an den Käufer, dann sind nach schweizerischem Recht die Vorschriften der Art. 197 ff. O.R. nicht anwendbar [5]) im Gegensatz zum deutschen Recht, das den Verkäufer in einem solchen Falle nach §§ 459 ff. BGB haftbar macht.

Eine Ausnahme besteht nach schweizerischem Recht dann, wenn der Eintritt eines Mangels nach Vertragsabschluß vom Verkäufer verschuldet war. Dann hat der Verkäufer nach Art. 97 O.R. dafür einzustehen; es sind die Vorschriften über Nichterfüllung anwendbar. (Gsell S. 32; Jackson S. 41).

So wird nach schweizerischem Recht der Verkäufer mehr begünstigt als nach deutschem Recht.

Während im deutschen Recht bei Behandlung der Frage des Gefahrüberganges kein Unterschied zwischen Stück- und Gattungskauf gemacht wird, regelt Abs. 2 des Art. 185 O.R. den Gattungskauf besonders. Handelt es sich dabei um einen Platzkauf, dann geht die Gefahr mit Ausscheidung der Kaufsache auf den Käufer über, und zwar auch ohne daß der Käufer etwas davon erfährt. Beim Fernkauf

---

[1]) Für die Mängel, die in der Zwischenzeit bis zur Uebergabe neu entstanden, gelten nicht die Bestimmungen des ädilizischen Rechts, sondern die gewöhnlichen Grundsätze wegen Haftung des Verkäufers für Verschulden. (Bechmann III, 2 S. 142—43.)

[2]) Eine Ausnahme bildet § 463 BGB, der den Schadensersatzanspruch nicht an den Gefahrübergang, sondern an den Kaufabschluß anschließt.

[3]) RGRKomm. II, S. 42 Nr. 5; Enneccerus-Lehmann S. 376 Nr. 4.

[4]) Oser-Schönenberger V, S. 834, III; Becker-Gmür VI, S. 60—61, IV; Gsell S. 31.

[5]) Waren die Sachmängel bereits im Keime vorhanden, dann gehen sie zu Lasten des Verkäufers (BGE 20, 498), aber nicht, wenn die Mängel aus der natürlichen Beschaffenheit der Kaufsache entstehen, wie z. B. aus der dem Obst eigenen Anlage zur Gärung und Fäulnis,

ist nach Art. 185 II O.R. außer der Ausscheidung auch noch die Abgabe zur Versendung erforderlich.

Wie im deutschen so sind auch im schweizerischen Recht die Vorschriften über den Gefahrübergang dispositiver Natur. Nach dem Wortlaut des Art. 185 I sind Parteiverabredungen, welche die Gefahrtragung anders regeln, grundsätzlich möglich.

Im französischen Recht geht das Eigentum nicht mit der Uebergabe der Kaufsache, sondern schon mit dem Vertragsabschluß auf den Käufer über. Dies ist gleichzeitig der Augenblick des Gefahrüberganges (art. 1138 C.c.; vgl. auch art. 100 C.com.). Es kann daher als entscheidender Zeitpunkt für das Vorhandensein von Sachmängeln nur der Vertragsabschluß, nicht die Uebergabe der Kaufsache in Frage kommen. Hierüber bestehen weder in der französischen Rechtslehre noch in der Rechtsprechung Zweifel [6]). Abweichungen bestehen für den Gattungskauf. Hier wird als maßgebender Zeitpunkt nicht der Vertragsabschluß, sondern entweder die Lieferung [7]) angesehen, die gleichzeitig Gefahrübergang bedeutet, oder die Aussonderung der Kaufsache [8]).

Ebenso wie das französische ist auch das italienische Recht dem römischen Recht gefolgt, indem es das Vorhandensein der „vizi redibitori" auf den Zeitpunkt des Kaufabschlusses abstellt, der ebenso wie im Code civil mit dem Gefahrübergang zusammenfällt (art. 1125 C.c.it.; so auch art. 41 Prog.d.Cod.). Nach Fubini [9]) ist dies auch für Italien die herrschende Ansicht, abgesehen wieder vom Falle des Gattungskaufes, für den die französische Regelung gilt [10]).

Sonach ist auch nach den beiden romanischen Rechten der Verkäufer bedeutend besser gestellt als nach deutschem Recht, denn er braucht — wenigstens für den Fall des Stückkaufes — für Mängel, die erst nach Kaufabschluß, aber vor der Uebergabe der Sache entstehen, nicht zu haften [11]). Dagegen fällt für ihn nicht, wie im

[6]) Pothier No. 212; Aubry et Rau V, p. 109 Anm. 9 bis; Laurent XXIV No. 286; Huc No. 143; Zachariae-v. Lingenthal II, S. 489 Anm. 31; Colin-Capitant II p. 531 d; Rép. gén. XXXVI No. 1650; Fuzier-Herman IV p. 110 No. 48, p. 125 No. 2.

[7]) So Baudry-Lacantinerie et Saignat XIX No. 422. Ebenso Huc X No. 143; Rép.gén. XXXVI No. 1660.

[8]) Req. 8. März 1892 (D.P. 92. 1. 204), Anm. 1—2.

[9]) p. 359 f. No. 220. — Vgl. auch Ruggiero II p. 303; Dusi II p. 128: vizi o difetti preesistenti; Gasca II No. 1539. Ebenso Tendi II No. 485, der eine Entscheidung (App. Genova, 22. Sept. 1896) anführt, nach welcher nebensächliche Fehler, die sich infolge der langen Reise der Kaufsache zeigten, Preisminderung zur Folge hatten. Diese Entscheidung kann im Einzelfalle gerecht sein, wenn die Fehler bereits im Keime vorhanden waren, nicht jedoch wenn sie aus der natürlichen Beschaffenheit der Kaufsache entstanden. (Vgl. auch S. 31 Anm. 5 dieser Arbeit.)

[10]) Fubini Nr. 225.

[11]) Aus diesem Grunde entfällt auch die Behandlung der Frage, ob neben der Wandlung oder Minderung die Vorschriften über nachträgliche Unmöglichkeit (§§ 323 ff. BGB.) in Frage kommen können. Sind die nachträglichen Mängel aber vom Verkäufer verschuldet, dann wird dem Käufer der Deliktsanspruch aus art. 1382 C.c. (bzw. aus

deutschen Recht, die Haftung fort, wenn ein bei Kaufabschluß vorhandener Mangel bei der Uebergabe der Kaufsache nicht mehr vorliegt. Dieser Fall wird jedoch selten sein.

Alle hier zu vergleichenden Rechte stimmen darin überein, daß der Käufer, sofern er die Kaufsache bereits angenommen hat, das Vorhandensein des Sachmangels zum maßgebenden Zeitpunkt beweisen muß [12]).

## § 6.
## Die Mängelrügepflicht des Käufers.

### I. Grundlage für die Mängelrüge.

Für den Verkäufer ist es von großem Wert, möglichst bald Gewißheit zu erhalten, ob die von ihm gelieferte Kaufsache vom Käufer genehmigt wird, um im Falle der Fehlerhaftigkeit der Kaufsache sich von der Richtigkeit der klägerischen Behauptung sofort überzeugen und die beanstandete Sache bei einem etwaigen Lieferanten noch rechtzeitig beanstanden zu können. Zum Schutze des Verkäufers ist daher in einigen Rechten eine Mängelrügepflicht des Käufers gesetzlich festgelegt worden, denn anderenfalls würde der Verkäufer erst nach Verjährung der Gewährleistungsansprüche Klarheit über das Kaufgeschäft erhalten.

Die gesetzliche Regelung der Mängelrügepflicht ist in den einzelnen Rechten sehr verschieden. Am verkäuferfreundlichsten ist zweifellos das schweizerische Recht, das die Mängelrügepflicht zur Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche für jeden Kauf verlangt. (Art. 201 O.R.) Diese Bestimmung, die sich als eine Schwächung der Sachmängelhaftung des Verkäufers erweist, beruht auf deutschrechtlichen Gedanken. Der Grundsatz des alten deutschen Rechts, daß nur bei sofortiger Rüge des Käufers Mängel geltend gemacht werden konnten, begegnet uns hier wieder. Art. 201 O.R. gilt für alle Käufe; da ein Unterschied zwischen Zivil- und Handelskauf im schweizerischen Recht unbekannt ist — ein Handelsgesetzbuch gibt es in der Schweiz nicht — unterliegen sämtliche Kaufgeschäfte den Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts.

Weniger verkäuferfreundlich ist dagegen das deutsche Recht, das eine Mängelrügepflicht des Käufers nur beim beiderseitigen Handelskauf (§ 377 HGB) [1]) kennt. Das BGB hat den deutschrechtlichen

art. 1151 C.c.it.) zuzusprechen sein, da er — anders als im deutschen Recht — bereits mit Vertragsabschluß Eigentümer geworden ist.

[12]) Für das deutsche Recht: z. B. Staudinger II, 2 S. 145, VIII; für das französische: Aubry et Rau V p. 109 Anm. 11; Duranton XVI No. 314; Guillouard I No. 451; Rép.gén. XXXVI No. 1661; für das italienische Recht: Fubini No. 228; Tendi II No. 485; Cuturi No. 116; für das schweizerische Recht: Oser-Schönenberger V, S. 834, IV; Entsch. d. Bundesgerichts v. 22. Januar 1897 (R. 16. S. 55, Nr. 91).

[1]) Vgl. auch die dem deutschen Handelsrecht eigentümliche Bestimmung des § 378 HGB, wonach eine Mängelrüge auch bei Lieferung eines aliud und beim Quantitätsmangel gefordert wird.

Standpunkt zugunsten der entgegengesetzten römischen Regelung verlassen (vgl. hierzu Hübner, Grundzüge des Dt. Priv. Rechts, S. 580) im Gegensatz zum schweizerischen Recht, das noch heute an der deutschrechtlichen strengeren Behandlung des Käufers festhält. Nur bei Mängeln, die der Käufer bei Annahme gekannt hat, wird nach § 464 BGB ein besonderer Vorbehalt der Ansprüche verlangt.

Eine ähnliche Regelung wie das deutsche Recht weist das italienische auf, das eine Pflicht des Käufers zur Mängelrüge auch nur im Handelsgesetzbuch kennt, jedoch mit dem Unterschied, daß diese Mängelrüge nur für den Handels-Fernkauf verlangt wird [2]).

Dagegen ist dem französischen Gesetz eine Mängelrügepflicht fremd. Da art. 1648 C.c. die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche innerhalb kurzer Frist (bref délai) fordert, es also im französischen Recht keine gesetzlich festgelegten Verjährungsfristen der Sachmängelansprüche gibt, erübrigt sich eine besondere Mängelrüge des Käufers. Er hat so schnell wie möglich Mängelansprüche geltend zu machen, ohne erst vorher den Verkäufer von der Fehlerhaftigkeit der Kaufsache besonders zu benachrichtigen.

Um Mängel rügen zu können, ist erforderlich, daß der Käufer die Kaufsache untersucht. Daß der Käufer eine Untersuchung vorzunehmen hat, bestimmen ausdrücklich § 377 (bzw. § 378) HGB und Art. 201 O.R. Aber weder im deutschen noch im schweizerischen Recht stellt sich diese Untersuchung als gesetzliche Pflicht des Käufers dar. Allein an die Unterlassung der Mängelanzeige, nicht an die Unterlassung der Untersuchung knüpft das Gesetz die Rechtsfolge der Genehmigung der Kaufsache [3]).

Das italienische Gesetz (art. 70 C.com.it.) verlangt keine Untersuchung. Aber auch hier wird der Käufer im eigenen Interesse die Kaufsache prüfen, denn er schadet sich selbst, wenn er diese Prüfung nicht vornimmt. Nach italienischem Recht wird dem Käufer aber kein Nachteil daraus entstehen, wenn er die Untersuchung auf verborgene Mängel hin unterläßt. Zweck der Prüfung ist, die offensichtlichen Mängel zu entdecken, nicht die vizi occulti. Die vizi apparenti sind nach art. 70 C.com.it. beim Handels-Fernkauf den vizi occulti gleichgestellt. Der Verkäufer hat in einem solchen Falle auch für offenkundige Mängel der Kaufsache einzustehen, wenn diese innerhalb von zwei Tagen seit Empfang der Ware angezeigt werden. (Vgl. S. 11, Anm. 22 dies. Arb.) Für die vizi occulti gilt die besondere Regelung des art. 70 II, wonach für die Anzeige verborgener Mängel nicht der Empfang der Ware, sondern die Entdeckung der Mängel maßgebend ist [4]).

---

[2]) art. 70 C.com.it. Dieser Artikel ist nicht anwendbar im Falle des Platzkaufes. Liegen beim Platzkauf vizi occulti vor, dann greift art. 1498 C.c.it. ein, während bei vizi apparenti nach Vorschrift des art. 1499 C.c.it. eine Sachmängelhaftung des Verkäufers entfällt. (Vgl. auch Fubini No. 265; Cass. Torino 28. Oktober 1885, Giur.it. 1886. I. 54).

[3]) Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB V, 1 S. 330 Anm. 15; Staubs Komm. z. HGB IV S. 113 Anm. 11; RGZ 106, 360; — Becker-Gmür VI, S. 73, I; Oser-Schönenberger V S. 842, II; Gsell S. 38; Jackson S. 53.

Ueberflüssig ist eine Untersuchung selbstverständlich dann, wenn der Käufer auf irgendeine andere Art Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit der Kaufsache erlangt hat [5]).

Einen festen Zeitpunkt für die Untersuchung bestimmt weder das deutsche noch das schweizerische Gesetz. Nach § 377 I HGB ist die Ware „unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen", nach Art. 201 O.R. „sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist". „Obwohl die Ausdrucksweise der beiden Gesetze etwas voneinander abweicht, ist doch der Sinn derselbe" (Jackson S. 60). Was nach dem üblichen, ordnungsmäßigen Geschäftsgange tunlich ist, richtet sich nach objektiven Regeln [6]). So sind z. B. nicht alle Waren in derselben Zeit zur Prüfung geeignet. Eine Prüfung von Wein, insbesondere von neuem, wird sofort nach längerem Transport nicht möglich sein. Der Käufer wird ihn aber untersuchen müssen, sobald sich der Wein durchs Lagern wieder gesetzt hat, sobald also die Prüfung nach Natur der Ware möglich ist [7]). Nach deutschem Recht muß der Käufer „unverzüglich" nach der Ablieferung, d. h. ohne schuldhaftes Zögern [8]) die Ware untersuchen. Dieses subjektive Moment kommt im schweizerischen Gesetz nicht zum Ausdruck, ist aber von der schweizerischen Rechtsprechung, die sich damit dem deutschen Standpunkt nähert, vielfach berücksichtigt worden. Im Gegensatz dazu steht das italienische Recht, welches dem Käufer freistellt, wann er die Prüfung der Kaufsache vornehmen will [9]). Eine Bestimmung hierüber wäre auch überflüssig, da das italienische Recht die Rügefrist nach festen Tagen bemißt (art. 70 C.com.it.).

Ueber die Art und Weise der Untersuchung werden grundsätzlich keine Vorschriften gemacht, es sei denn, daß von den Parteien Besonderes hierüber vereinbart worden ist. Durch die Untersuchung soll der Käufer sich die Ueberzeugung bilden, ob er die Kaufsache so wie sie ist genehmigen kann und will. Hierzu ist eine gründliche und sachgemäße Prüfung notwendig. Sie muß daher mit fachmännischer Sorgfalt vorgenommen werden, möglicherweise durch Heranziehung

---

[4]) Fubini No. 239; Ramella p. 163.

[5]) Basel 9. Dez. 1895 (R. 14, 38): Der Käufer braucht bei einer zweiten Sendung derselben Ware (Lieferungen von Handwaschmaschinen) nicht erst zu prüfen. Nach dem Gesetz wird nur verlangt, daß er sich die nötige Kenntnis von der Beschaffenheit der Ware verschaffen soll. Es ist ganz gleich, ob er diese Kenntnis schon vor Ankunft der Ware besitzt. Das Wesentliche ist die rechtzeitige Anzeige des Mangels. Die Prüfung als solche ist kein juristisch maßgebendes Moment, da diese meistens gar nicht nachgeprüft werden kann und deren[4] Unterlassung nicht nachzuweisen ist. — Ebenso Trib. d. Vaud, 28. Januar 1896 (R. 14, 78).

[6]) Düringer-Hachenburg V, 1. S. 331 Anm. 16; Staub IV, S. 120 Anm. 18.

[7]) Entsch. d. schweiz. Bundesgerichts v. 12. Mai 1894 (R. 12 S. 129; BGE 20, 89); Curti S. 34; Fubini No. 238; Ramella p. 164.

[8]) Düringer-Hachenburg V, 1 S. 331 Anm. 16.

[9]) Tendi II No. 484; Gasca II, No. 1543.

von Sachverständigen [10]). Eine bloße Besichtigung der Ware wird in vielen Fällen nicht genügen, um die Fehlerlosigkeit der Kaufsache feststellen zu können. Manche Waren lassen sich nur durch Benutzung, teilweisen Verbrauch usw. untersuchen. In diesen Handlungen des Käufers wird jedoch niemals eine Genehmigung der Kaufsache zu erblicken sein. Andererseits wird die Entnahme von Stichproben schon als gründliche und sachgemäße Prüfung zu gelten haben [11]).

### II. Mängelanzeige.

Die Mängelanzeige ist die eigentliche Mängelrüge, an deren Unterlassung das Gesetz die Vermutung der Genehmigung der Kaufsache knüpft. In demselben Sinne auch das italienische Recht. Auch hier gilt Schweigen als Genehmigung [12]). Die Mängelanzeige ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die zum Inhalt das Ergebnis der Prüfung durch den Käufer hat. Erforderlich ist eine gewisse Einzelbezeichnung der Mängelrüge, d. h. der Käufer muß die Mängel angeben, die er geltend machen will. Nicht genügt die Mitteilung, die gekaufte Sache sei fehlerhaft [13]). Der Zweck der Mängelrüge geht dahin, dem Verkäufer von Umfang und Gründen der Beanstandung Kenntnis zu geben, damit er eine Grundlage für seine Entscheidung hat, wie er sich gegenüber der Beanstandung verhalten will. Dieser Zweck ist z. B. erreicht, wenn der Käufer mitteilt, das gekaufte Garn ist so schlecht, daß es nicht verarbeitet werden kann (Zürich, 11. Jan. 1895, R. 13 S. 106 Nr. 92). Die schweizerische Rechtsprechung hat ferner entschieden, daß eine Mängelanzeige schon dann als ausreichend anzusehen ist, wenn mitgeteilt wird, daß die Ausführung der Maschinen mangelhaft sei [14]). Eine besondere Form der Anzeige wird nirgends verlangt [15]). Die Anzeige muß an den Verkäufer persönlich oder an seinen zur Empfangnahme berechtigten Vertreter gerichtet werden [16]).

Zeitlich hat die Mängelanzeige nach deutschem Recht „unverzüglich", d. h. ohne schuldhaftes Zögern, nach schweizerischem Recht

---

[10]) Staub IV S. 114 Anm. 13; Oser-Schönenberger V S. 842, II; Oels, Sachmängelhaftung beim Fahrniskauf nach dtsch. u. schweiz. Recht, S. 21—22; Fubini No. 239.

[11]) Düringer-Hachenburg V, 1 S. 334 Anm. 23; Oser-Schönenberger V, S. 843; Gsell S. 50 ff.; Oels S. 21.

[12]) Ramella p. 156; Pacchioni, Il silenzio nella conclusione dei contratti in Riv.dir.com. IV, 1906, p. 23 ff.

[13]) Staub IV S. 124 Anm. 23; Becker-Gmür VI S. 75, III, 2; Ramella p. 179; Tendi II No. 513; Cass. Firenze, 13. Febr. 1902 (Foro it. 1902. I. 413): „I vizi redibitori debbono essere specificamente denunziati, e non basta la generica denunzia che la merce è viziata".

[14]) Entsch. d. schweiz. Bundesger. v. 15. April 1896 (R. 14, S. 154, No. 110). — S. auch BGE 22, 504.

[15]) Staub IV S. 126, Anm. 25; Oser-Schönenberger V S. 847, III, 2; Ramella p. 177; Fubini No. 252.

[16]) Staub IV. S. 127 Anm. 28; Becker-Gmür VI S. 79, 5; Fubini No. 261; Cuturi No. 124; App. Catania, 10. Sept. 1886 (Dir.com. V, 1887, p. 31.) dagegen: App. Genova, 31. Dez. 1886 (Dir.com. V, 1887, p. 503).

„sofort" zu erfolgen. Das schweizerische Recht versteht darunter: „Gleich nach Ablauf der Zeit, die zur ordnungsmäßigen Untersuchung erforderlich ist "(Oser-Schönenberger V. S. 848, No. 5). Hat demnach der Käufer schon vor Ablauf dieser Zeit den Mangel entdeckt, so kommt ihm die dadurch ersparte Frist zugute. Die zur ordnungsmäßigen Untersuchung erforderliche Zeit kann verschieden lang bemessen sein. Nicht in jedem Falle ist es möglich, unmittelbar nach Empfang der Ware die Bemängelung anzuzeigen. Hierauf wird in einer Entscheidung des Bundesgerichts vom 14. Dez. 1894[17]) hingewiesen. In dem hier behandelten Falle konnte eine eingehende Prüfung der Ware bei Empfang nicht stattfinden, da die Ware in Originalpackung zum Weiterverkauf erworben wurde. Nach Ansicht des Bundesgerichts gilt in einem solchen Falle als stillschweigend vereinbart, daß der Käufer seine Mängelrüge auch dann noch rechtzeitig anbringen kann, wenn er Reklamation von seinem Abnehmer erhalten hat. In jedem Falle hat der Käufer jedoch dem Verkäufer gegenüber dafür einzustehen, daß der Abnehmer in der Prüfung der Ware nicht säumig gewesen ist.

Das italienische Recht hat in art. 70 C.com.it. für die Mängelrügepflicht bestimmte Tage vorgeschrieben. Sobald es sich um offensichtliche Mängel handelt, müssen diese innerhalb von 2 Tagen vom Empfang der Ware an gerechnet[18]) angegeben werden, heimliche Mängel dagegen innerhalb der zweitägigen Frist seit Entdeckung des Mangels.

Dabei ist zu beachten, daß bei verborgenen Mängeln der Käufer nach art. 70 II C.com.it. nicht nur zur Anzeige innerhalb der zweitägigen Frist seit der Entdeckung des Mangels verpflichtet ist, sondern auch zur Geltendmachung seiner Mängelansprüche innerhalb der dreimonatigen Frist von der Uebergabe der Kaufsache an gerechnet (art. 1505 C.c.it.)[19]).

Sehr bestritten ist im italienischen Recht, ob die in art. 70 gesetzlich festgesetzte Rügepflicht nur beim Vorliegen von vizi redibitori besteht, oder auch beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften[20]). In der neueren Rechtsprechung ist die Ansicht des Kassationshofes

---

[17]) R. 13 S. 61, No. 52, u. BGE 20 S. 1064 No. 159. — Möglich ist eine Parteivereinbarung, nach der Bemängelungen nur zu berücksichtigen sind, wenn sie unmittelbar bei Empfang der Ware erhoben werden. Für den Käufer unverbindlich ist jedoch ein bloßer derartiger Vermerk des Verkäufers in der Faktura, der sich als einseitige Erklärung darstellt.

[18]) Bei Berechnung der zweitägigen Frist wird der Tag des Empfangs nicht mitgezählt (Fubini No. 260; Cass. Roma 7. April 1899, Foro it. 1900. I. 600 ff.; ebenso Lusignani, Anm. z. dieser Entscheidung).

[19]) App. Venezia 20. Febr. 1900 (Foro it. 1900 Rep. voce vendita: No. 126); Cass. Firenze 13. Febr. 1902 (Foro it. 1902. I. 443).

[20]) Eine Rügepflicht nur beim Vorhandensein von vizi redibitori nehmen an: Cass. Firenze 22. Dez. 1887 (Foro it. 1888. I. 13) Cass. Torino 19. Juli 1897 (Foro it. 1897. I. 1105). — a. A.: App. Milano 30. März 1898 (Foro it. 1898 I. 1236); Cass. Roma 15. Febr. 1889 (Foro it. 1889 I. 252); App. Milano 7. März 1924 (Foro it. 1924. I. 616).

Turin [21]) herrschend, wonach das Fehlen zugesicherter Eigenschaften, das als Nichterfüllung gemäß art. 1165 C.c.it. angesehen wird, keiner Mängelrüge nach art. 70 C.com.it. bedarf. Dagegen Fubini (No. 203, 266), welcher die Verpflichtung des Käufers zur Mängelrüge auch auf den Fall des Fehlens zugesicherter Eigenschaften ausdehnt. Die Unsicherheit des Verkäufers, die durch die besagten Vorschriften behoben sein soll, bestehe doch beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft ebenso wie beim Vorliegen eines vizio redibitorio. Ebenso Pulvirenti [22]), in Anlehnung an § 377 HGB (bzw. § 347 altes HGB), von dem art. 70 C.com.it. abgeleitet sei.

Nicht erforderlich ist eine Mängelanzeige, soweit Arglist des Verkäufers in Frage kommt. Dies geht klar aus § 377, V HGB und aus Art. 203 O.R. hervor. Das italienische Recht schweigt hierüber, aber nach Fubini (No. 267) soll die deutsch-schweizerische Regelung auch in Italien entsprechend angewendet werden. Allein die Kenntnis vom Mangel auf Seiten des Verkäufers genügt natürlich nicht, um die Verpflichtung zur Anzeige auszuschließen, erforderlich ist Arglist.

## § 7.
## Ausschluß der Sachmängelhaftung.

### I. Vertraglicher Ausschluß der Haftung.

Die Vorschriften über die Sachmängelhaftung sind dispositiver Natur. Das ergibt sich für das deutsche Recht aus § 476 BGB. Die Haftung des Verkäufers kann daher durch Parteivereinbarung erlassen oder beschränkt werden (Verzicht des Käufers auf die Haftung). So war bereits die Regelung im ädilizischen Recht (L. 19 D. 21, 1). Das schweizerische Obligationenrecht weist eine dem § 476 BGB ähnliche Bestimmung in Art. 199 auf, nach dessen Wortlaut eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht gültig ist.

Auch im französischen und italienischen Schuldrecht kehrt die alte Bestimmung des ädilizischen Rechtes wieder. Art. 1643 C.c. und der ihm verwandte art. 1500 C.c.it. (vgl. art. 367 Prog.d.Cod.) gestatten den Parteien die Regelung einer besonderen Sachmängelhaftung. Diese besondere Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen [1]).

Voraussetzung für die Gültigkeit einer solchen Enthaftungsklausel nach den beiden romanischen Rechten ist, daß der Verkäufer den Mangel der Kaufsache nicht kennt. Das deutsche und schweizerische Recht weichen hierin ab, indem sie das Erfordernis der Gutgläubigkeit des Verkäufers nicht aufstellen, sondern nur verlangen, daß der Verkäufer nicht arglistig irgendwelche Mängel verschweigt. Durfte also der Verkäufer annehmen, die Fehlerhaftigkeit der Kaufsache

---

[21]) 9. Febr. 1918 (Foro it. 1918 Rep. voce Vendita, No. 55).
[22]) p. 583, VII, „Denunzia per la mancanza di qualità".
[1]) Cuturi No. 125. — S. auch Becker-Gmür VI S. 67, I.

sei dem Käufer bekannt oder aus irgendwelchen Gründen für ihn unerheblich, dann ist nach deutschem und schweizerischem Recht eine Enthaftungsklausel gültig im Gegensatz zum französischen und italienischen Recht [2]).

Im Handelsverkehr aller vier Länder sind gewisse Enthaftungsklauseln üblich, welche die Sachmängelhaftung ganz oder teilweise ausschließen. So z. B. „wie besehen", „tel quel", „merce visitata e piaciuta". Stellen sich jedoch später Mängel heraus, die bei Besichtigung und ordentlicher Prüfung vor dem Kaufabschluß nicht zu erkennen gewesen sind, dann haftet der Verkäufer trotz dieser Klauseln für diese heimlichen Mängel. Dies wird z. B. für Italien in einer Entscheidung des Kassationshofes vom 15. Juli 1931 [3]) klargestellt. Es handelt sich hier um einen Holz-Fernkauf. Der Kaufpreis wird in Ansehung gewisser Mängel herabgesetzt, was in der Klausel „Ware besichtigt und gebilligt" zum Ausdruck kommt. Nach Lieferung der Ware verlangt der Käufer Wandlung, da eine größere Anzahl Holzbretter angefault und angeräuchert sei. Der Kaufpreisklage des Verkäufers wird nicht stattgegeben, da die erwähnte Vertragsklausel nicht die Bedeutung eines Ausschlusses der Haftung für Mängel jeglicher Art habe, sondern nur klarstelle, daß anders wie beim gewöhnlichen Versendungskauf (art. 70 C.com.it.) der Käufer die Ware besichtigt hat und daß der Verkäufer für erkennbare Mängel (vizi apparenti) nicht hafte. Die vom Käufer gerügten Mängel seien jedoch bei der Besichtigung nicht erkennbar gewesen und stellten deshalb verborgene Mängel dar.

Einen ähnlichen Fall finden wir in der französischen Rechtsprechung. In einer Entscheidung des Pariser Appellationshofs v. 9. Dez. 1930 [4]) handelt es sich bei einem Grundstückskauf um eine Klausel, nach welcher der Käufer das Grundstück „in dem Zustand übernimmt, in welchem es sich befindet". Später stellt sich heraus, daß die Balken durch Holzkäfer schwer beschädigt sind. Auch diese Tatsache wird als verborgener Fehler angesehen, den der Käufer vor Kaufabschluß nicht entdecken konnte. Die erwähnte Klausel, die

---

[2]) Lehre und Rechtsprechung Frankreichs und Italiens übereinstimmend: Pothier No. 210; Delvincourt VII, p. 146; Guillouard I, No. 453, 477; Laurent XXIV, No. 285; Aubry et Rau V, p. 114, 115 Anm. 20; Fuzier-Herman IV, p. 120, No. 1; Rép. gén. XXXVI, No. 1640; Zachariae-v. Lingenthal II, S. 490, Anm. 37; Cour de Cass. 14. Dez. 1909 (D.P. 1911 1, 296). — Gianturco II, p. 290; Fubini, No. 274, 275; Cuturi, No. 121, 125; Ruggiero II, p. 305; Pacifici-Mazzoni V, 1, p. 304; Tendi II, No. 516, der den Unterschied zwischen deutschem und italienischem Recht verkennt: Verkäufer muß gutgläubig sein, — così dispone anche il cod. germ. § 476. — Beruft sich später der Käufer darauf, daß Verk. Kenntnis vom Mangel gehabt habe, so muß er dies beweisen. Huc X, No. 150; Planiol II, No. 1468.

[3]) Foro it. 1931. I. 1194 (abgedr. auch in Zeitschr. f. Ausl. u. Internat. Privatrecht 6. Jahrg., S. 1007). — Für das deutsche Recht vgl. RG v. 17. Mai 1933 (Warn.E. 1933, S. 234), wonach die Klausel „wie besichtigt" im Zweifel auch nur die Haftung für sichtbare Mängel ausschließt. So auch RGZ 94, 287.

[4]) D.H. 1932 (Somm), p. 14; S. 1931. 2. 70.

keinen ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht des Käufers auf seine Rechte bei Vorhandensein von vices cachés enthalte, befreie den Verkäufer nicht von der Haftung gemäß art. 1641 ff. C.c. [5]).

Dagegen stellt eine „clause de non-garantie" einen Verzicht des Käufers auf seine Rechte dar und hat für den Verkäufer die Nicht-Haftung zur Folge, auch wenn sich später Schäden in dem Bau des Hauses — durch Holzkäfer verursacht — herausstellen [6]). Die Klausel der Nicht-Garantie muß jedoch für den Käufer ersichtlich sein. So genügt z. B. zum Ausschluß der Haftung nicht, wenn in dem Schreiben des Verkäufers steht: „mes conditions de vente et responsabilités sont espressément celles des maisons qui auront fait la fourniture . . ." Eine derartige Klausel hat keinerlei Gültigkeit (so Req. 30. Okt. 1928, S. 1929, 1. 31, insbes. Anm. 2).

### II. Gerichtliche Verkäufe.

Bereits das ädilizische Recht bestimmte, daß die Sachmängelhaftung ausgeschlossen sei bei fiskalischen Verkäufen. So heißt es in L. 1 § 3 D. 21, 1: „Illud sciendum est, edictum hoc non pertinere ad venditiones fiscales". Diese Ausnahmebestimmung hat sich auch in den heute gültigen Gesetzbüchern der vier zu vergleichenden Länder erhalten.

Für das französische und italienische Recht ordnen art. 1649 C.c. und art. 1506 C.c.it. an, daß die Haftung für Sachmängel ausgeschlossen sei „dans les ventes faites par autorité de justice" (art. 1506 C.c.it.: nelle vendite giudiziali) [7]). Nach § 461 BGB hat der Verkäufer keine Sachmängel — wohl aber Rechtsmängel — zu vertreten, „wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird" [8]). Das schweizerische Obligationenrecht hat in Art. 234 eine ähnliche Bestimmung aufzuweisen.

Unter den romanischen Schriftstellern herrscht über Beweggrund und Tragweite dieser Ausnahmebestimmung keine Einigkeit [9]). Vielfach ist behauptet worden, daß der gerichtliche Verkauf, der in breiter Oeffentlichkeit stattfinde, vielen Personen die Möglichkeit zur Prüfung des betreffenden Gegenstandes gebe. Ein derartiger Verkauf gewähre dem Käufer eine genügende Kenntnis der Kaufsache, sodaß er sich von Fehlern vorher genau überzeugen könne [10]). Nach Cuturi

---

[5]) In demselben Sinne: Req. 15. Nov. 1927 (S. 1928. 1, 52).

[6]) Req. 16. April 1931 (S. 1931. 1. 232. — D.H. 1931, 268). Ebenso Bordeaux 10. Dez. 1928 (D.H. 1929, 89. — D.P. 1929. 2. 281), Lyon 19. Nov. 1923 (D.H. 1924, 134).

[7]) Der Text des art. 373 Prog.d.Cod. entspricht wörtlich dem des art. 1506 C.c.it.

[8]) Vgl. auch die ergänzenden Bestimmungen: § 806 ZPO und § 56 ZVG.

[9]) Charlin p. 156; Tendi II, No. 515. — Nach Thibaut, Lehrbuch des franz. Civilrechts, S. 202, beruht die Fassung des art. 1649 auf einem Irrtum. Die Verff. hätten aus Irrtum einen „exorbitanten" Satz des röm. Rechtes über fiskal. Aeußerungen auf alle Auktionen bezogen.

[10]) Duranton XVI, No. 329; Hémard II, No. 1868; Gianturco II, p. 293.

(No. 123) ist die Fassung des art. 1506 C.c.it. darauf zurückzuführen, daß bei einer öffentlichen Versteigerung meist ein äußerst niedriger Preis für die Sache gezahlt würde, der fast immer weit unter dem wirklichen Wert des betreffenden Gegenstandes stehe. Von einigen Schriftstellern wird nicht der Eigentümer, bzw. der Pfandgläubiger als Verkäufer angesehen, sondern die Gerichtsbehörde, welche die Sache gewissermaßen unter der Klausel „que telle qu'elle est" veräußere [11]). Gegen diese Auffassung wendet sich u. a. Guillouard [12]), der betont, daß es jedesmal der Eigentümer ist, der verkauft, und daß die Gerichtsbehörde nur eine Vermittlerrolle spiele. Unzureichend erscheint auch die Erklärung, die uns Fenet [13]) für die Ausnahmebestimmung des art. 1649 übermittelt hat. Es heißt hier: „La vente par autorité de justice est accompagnée de formalités et de vérifications qui ne permettent point de craindre la fraude des vendeurs et l'ignorance des acheteurs".

Daß die Vorschrift über den Ausschluß der Sachmängelhaftung bei gerichtlichen Verkäufen in erster Linie eine Schutzvorschrift für den Pfandgläubiger darstellt, kommt nur in einer Entscheidung des Pariser Appellationshofes vom 30. Juli 1867 (D.P. 67. 2. 228) zum Ausdruck „. . . . le créancier qui poursuit la vente par autorité de justice est présumé n'avoir point connaissance de l'état de la chose, et ne peut être tenu d'aucune garantie des vices cachés". „Der Pfandgläubiger wäre allzu großen Gefahren ausgesetzt, wenn er nach der Versteigerung noch für etwaige später entdeckte Mängel eintreten müßte." (Hedemann S. 236.)

Die französische Wissenschaft ist sich darüber einig, daß art. 1649 bei denjenigen Verkäufen Platz greift, die nur auf Anordnung des Gerichtes getätigt werden können. Mithin ist diese Vorschrift nicht anwendbar auf Verkäufe, die freiwillig [14]), d. h. durch freie Wahl der Parteien, in gerichtlicher Form abgeschlossen werden, z. B. bei einer gerichtlichen Versteigerung unter Miterben. Da eine solche Versteigerung nicht auf Anordnung des Gerichts, sondern auf Betreiben der Miterben vor sich geht, ist sie wie ein freiwilliger Verkauf anzusehen, der den allgemeinen Vorschriften unterliegt [15]). Dagegen ist art. 1649 immer anwendbar bei Verkäufen von Gütern Minderjähriger [16]).

---

[11]) Vgl. hierzu Troplong II, No. 583; Rogron, p. 2138, Anm. z. art. 1649, der dann einen Gewährleistungsanspruch gegen den Eigentümer, nicht gegen den Verkäufer für möglich hält.

[12]) I, No. 448. — So auch Cuturi, No. 123.

[13]) Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, XIV, p. 169.

[14]) Paris 30. Juli 1867 (D.P. 67. 2. 227, angef. b. Bourdeaux, Code civil z. art. 1649); Fuzier-Herman IV, p. 134, No. 2; Rép. gén. XXXVI, No. 1595; Troplong II, No. 585; Colin-Capitant II, p. 530.

[15]) Guillouard I, No. 449; Huc X, No. 157.

[16]) Lyon 11. Jan. 1883 (D.P. 84. 2. 147), und zwar aus der Erwägung heraus „que les ventes par licitation de biens de mineurs ne peuvent être accomplies qu'avec le concours et l'autorisation de la justice suivant les formalités prescrites par la loi". Ebenso Huc X, No. 157; Fuzier-Herman IV, p. 134, No. 1; Paris 21. Juni

Das italienische Gesetz spricht bloß von „vendite giudiziali“ Nach Tendi (II No. 515) sind hierunter alle Verkäufe zu verstehen, die in gerichtlicher Form, sei es auf Anordnung des Gerichts, sei es auf Betreiben der Parteien, getätigt werden. Danach wäre die Anwendbarkeit des art. 1506 C.c.it. häufiger als die des art. 1649 C.c. Die Ansicht von Tendi ist jedoch nicht unbestritten[17]). Eine einschränkende Auslegung des art. 1506 gibt der Corte di Casale in einer Entscheidung vom 10. Juni 1872 (Giur.it. 1872, II, 283). Hiernach ist art. 1506 nicht anwendbar bei Zwangsenteignungen, mit der Begründung, daß Sachmängelansprüche immer gegeben seien, wenn das Gesetz sie nicht ausdrücklich ausschließe. Gegen diese Entscheidung wendet sich mit Recht Fubini (p. 203 Anm. 59).

Im deutschen und schweizerischen Recht ist es unbestritten, daß die Sachmängelhaftung bei der freiwilligen öffentlichen Versteigerung Anwendung findet, da der Wortlaut des Gesetzes keinen Raum für Zweifel läßt (§ 1221 BGB, Art. 234 III O.R.). Eine abweichende Parteivereinbarung über die Grenzen der Haftung ist zulässig.

Bestritten ist im deutschen Recht, ob sich § 461 BGB auch auf das Fehlen zugesicherter Eigenschaften erstreckt, was man nach dem Wortlaut der Gesetzesstelle, die den Ausdruck „Mangel“ gebraucht, bejahen muß. Nach Enneccerus-Lehmann (S. 395 Anm. 6) darf man jedoch diese Ungenauigkeit im Gesetz nicht wörtlich nehmen, da der Gesetzgeber offenbar nur die gesetzliche Fehlerhaftung ausschließen wollte[18]). Das schweizerische Obligationenrecht bestimmt ausdrücklich, daß beim Fehlen besonderer Zusicherungen die Ausnahmevorschrift des Art. 234 nicht Platz greift. (Art. 234 I.)

Ebenso bestritten ist im deutschen Recht, ob § 461 den Fall des arglistigen Verschweigens mit umfaßt. Da das Gesetz jedoch für diesen Fall keine Ausnahme macht, sind Gewährleistungsansprüche des Käufers nicht gegeben[19]). Anders das schweizerische Recht, dessen Art. 234 I O.R. eine Gewährleistung im Falle der arglistigen Täuschung stattfinden läßt.

---

1870 (S. 70. 2. 207). — Der französischen Lehre und Rechtsprechung schließt sich für das italienische Recht Tendi (II, No. 515) an, im Gegensatz zu Cuturi (No. 123), der aus der Tatsache, daß bei gerichtlichen Verkäufen meistens der Wille des Eigentümers fehlt, folgert, daß art. 1506 nicht anwendbar ist bei Verkäufen von Gütern Minderjähriger

[17]) Pacifici-Mazzoni V, 1, p. 300, No. 71, schließen sich der französischen Lehre an.

[18]) So die herrschende Meinung. Vgl. z. B. Planck II, 2, S. 702 zu § 461, b; RGRKom. II, S. 74, Anm. 1 zu § 461; Crome II, S. 453, Anm. 75. — Dagegen Eccius in Gruch.Beitr., 43. Jg., S. 313; Staudinger II, 2, S. 151 zu § 461, 1.

[19]) Vgl. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, S. 94; Planck II, 2, S. 702 zu § 461, b; Staudinger II, 2, S. 152 zu § 461, 3; RGRKom. II, S. 74, Anm. 1; Eccius S. 313. — Dagegen Enneccerus-Lehmann, S. 394, Anm. 5.

### III. Zufälliger Untergang der Kaufsache.

Daß der Verkäufer zur Gewährleistung verpflichtet bleibt, wenn die Kaufsache infolge ihres Mangels zugrunde gegangen ist, ist überall rechtens. Ein zufälliger Untergang der Kaufsache aus anderen Gründen fällt dagegen nach dem französischen und italienischen Gesetz dem Käufer zur Last. Dies bestimmen ausdrücklich die art. 1647 II C.c. und art. 1504 II, C.c.it., obwohl sich aus der Fassung der art. 1138 C.c. und 1125 C.c.it., die den Zeitpunkt des Gefahrüberganges bestimmen, diese Regelung von selbst ergibt.

Die beiden romanischen Rechte stehen hier im Gegensatz zum römischen Recht, denn nach L. 47 1 ff. D. 21, 1 wurden die ädilizischen Ansprüche nicht durch den Tod des Sklaven in irgend einer Weise berührt. „Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent." Dieser Satz stellt eine Ausnahme von dem römischrechtlichen Grundsatz „periculum est emtoris" dar. Das deutsche und schweizerische Recht haben die ädilizische Regelung beibehalten. Dies kommt im BGB in § 467 in Verbindung mit § 350 zum Ausdruck. Danach behält der Käufer den Wandlungsanspruch auch dann, wenn die verkaufte Sache n a c h der Uebergabe durch Zufall untergegangen ist. Geht s i e v o r der Uebergabe durch Zufall zugrunde, dann ist natürlich ebenfalls der Verkäufer der Leidtragende, wie sich aus der Bestimmung über den Gefahrübergang, § 446 BGB, ergibt. Das schweizerische Obligationenrecht betont in Art. 207 I ausdrücklich, daß Wandlung auch dann begehrt werden kann, wenn die Sache durch Zufall untergegangen ist. Da das schweizerische Gesetz in Art. 185 O.R. als maßgebenden Zeitpunkt für den Gefahrübergang im römischrechtlichen Sinne den Vertragsabschluß festsetzt, so ist Art. 207, I eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 185 und demzufolge ähnlich dem ädilizischen Recht eine Ausnahme vom Grundsatz „periculum est emtoris".

In der französischen Wissenschaft ist die vom römischen Recht abweichende Regelung des art. 1647 II C.c. scharf kritisiert worden. Insbesondere hat P o t h i e r (No. 219 ff.) diese Bestimmung des Code civil, die eine Neuerung gegenüber dem bisher in Frankreich geltenden Rechte darstellt, nicht gebilligt. Zweifellos bringt diese Lösung manche Schwierigkeit mit sich, denn oft wird es streitig sein, ob die Kaufsache durch Zufall oder infolge ihrer schlechten Beschaffenheit untergegangen ist. Dabei ist der gute Glaube des Verkäufers belanglos. Art. 1647 II C.c. (und ebenso art. 1504 II C.c.it.) ist auch anwendbar, wenn der Verkäufer bösgläubig war. (F u b i n i No. 283.) Daher wird diese neue Regelung vielfach als ungerecht empfunden, da sie dem Verkäufer einen nicht zu rechtfertigenden Gewinn verschaffe und die Rechte des Käufers verletze[20]). Nach A u b r y e t R a u war die alte Regelung jedesmal „conforme à l'équité et aux principes

---

[20]) L a u r e n t XXIV No. 306; D e l v i n c o u r t VII p. 147; Z a c h a r i a e - v. L i n g e n t h a l II S. 490 Anm. 39; vgl. auch C o l i n - C a p i t a n t II p. 533 No. 580 bis.

généraux du droit", die neue dagegen beruhe auf einer falschen Anwendung des Grundsatzes „res perit domino" [21]).

Der italienisch-französische Entwurf eines Gesetzbuches der Schuldverhältnisse und Verträge hat die Regelung des zufälligen Untergangs der Kaufsache, wie sie art. 1647 II C.c. und art. 1504 II C.c.it. vorschreibt, nicht beibehalten. Der Entwurf kehrt zur römischrechtlichen Auffassung zurück. Der betr. Artikel des Prog.d.Cod., art. 371, lautet: „La perdita o il deterioramento della cosa, anche se dovuti a caso fortuito, non impediscono al compratore di esercitare le azioni attributegli dall'art. 368."

In der italienischen Wissenschaft wird die Regelung des art. 1504 II, C.c.it. weniger kritisiert. Man hält diese Lösung im allgemeinen für praktisch und gerecht, weil „perdita è a carico del proprietario" und Eigentümer der Käufer ist (art. 1125 C.c.it.) [22]).

Die französischen und italienischen Schriftsteller sind sich jedoch darüber einig, daß dieser Grund für den Haftungsausschluß des Verkäufers wegfällt, wenn der Käufer bereits wegen eines Mangels der Kaufsache, den er beweisen muß, eine Klage angestrengt hat. Wird dieser Klage stattgegeben, dann tritt die Haftung des Verkäufers ein [23]).

Für den Viehkauf bestimmt art. 10 des französischen Gesetzes vom 2. August 1881 folgendes: „Si l'animal vient à périr, le vendeur ne sera pas tenu de la garantie, à moins que l'acheteur n'ait intenté une action régulière dans le délai légal, et ne prouve que la perte de l'animal provient de l'une des maladies spécifiées dans l'article 2".

## § 8.
## Die Ansprüche des Käufers.

### I. Wandlung und Minderung.

#### a) Allgemeines.

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers, die das Gesetz infolge des bloßen Vorhandenseins eines Fehlers entstehen läßt — ohne Rücksicht auf das Verschulden des Verkäufers [1]) —, erzeugt Gewährleistungsansprüche [2]) auf Seiten des Käufers. Ueber den Zeitpunkt der

[21]) Aubry et Rau V p. 115 Anm. 22. — Dagegen Rogron p. 2831 Anm. z. art. 1647; Troplong II No. 568; vgl. auch Guillouard I No. 479.

[22]) Cuturi No. 120; Tendi II No. 517.

[23]) Laurent XXIV No. 307; Huc X No. 153; Beudant IV 2 No. 264, Baudry-Lacantinerie et Saignat XIX No. 439; Fubini No. 284; Tendi II No. 517.

[1]) art. 1643 C.c.; art. 1500 C.c.it; Art. 197 Satz 2 O.R. — Im BGB nicht ausdrücklich betont, ergibt sich aber aus § 459.

[2]) Beim Sukzessivlieferungsvertrag sind die Gewährleistungsansprüche des Käufers grundsätzlich auf die jeweils gelieferte mangelhafte Rate beschränkt. Jedoch schließen die gesetzlichen Vorschriften es nicht unbedingt aus, die Rechtsfolgen einer mangelhaften Teilleistung auch auf künftige Raten zu erstrecken (Hueck, Sukzessivlieferungsvertrag, S. 149). Ebenso das schweizerische Recht. Oser-Schönenberger V, S. 870 No. 3 u. die dort angef. Entscheidg. —

Entstehung dieser Ansprüche herrscht jedoch Streit. Während die beiden romanischen Rechte die Gewährleistungsansprüche nicht vor Uebergabe der Kaufsache zuerkennen, da der Käufer sich erst genau von dem betreffenden Mangel überzeugen müsse, sind nach herrschender deutscher Lehre die Rechte des Käufers nicht von der Uebergabe der Sache abhängig, sondern sie entstehen schon dann, wenn gewiß ist, daß nicht fehlerfrei geleistet werden kann, wenigstens soweit es sich um unheilbare Mängel handelt. Steht fest, daß die Beseitigung des Mangels unmöglich ist, dann kann der Käufer, ohne erst das Angebot der fehlerhaften Sache abwarten zu müssen, sofort seine Rechte geltend machen. Bei heilbaren Mängeln dagegen werden seine Gewährleistungsansprüche erst dann entstehen, wenn er die Annahme der ihm angebotenen Sache verweigert hat. (Vgl. § 464 BGB.) Sind demnach alle Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung gegeben, dann stehen dem Käufer die Gewährleistungsansprüche zu. „Ihre Grundlage ist der Vertragsschluß“ [3]). Der herrschenden deutschen Meinung folgt das schweizerische Recht [4]).

Soweit die Rechte des Käufers in Frage kommen, haben alle vier Gesetzbücher abgesehen von einigen Abweichungen die Regelung des ädilizischen Rechtes [5]) übernommen. Dies gilt vornehmlich für die beiden ädilizischen Ansprüche auf Wandlung und Minderung, die sowohl klageweise als einredeweise geltend gemacht werden können. Das Ziel der Wandlungsklage (actio redhibitoria) ist überall Rückgängigmachung des Kaufvertrages, das der Minderungsklage (actio quanti minoris) Herabsetzung des Kaufpreises. Grundsätzlich stehen dem Käufer diese beiden Klagen zur Wahl [6]). Das ergibt sich für

---

Die beiden roman. Rechte dürften hierin nicht abweichen, vgl. Laurent XXIV No. 303.

[3]) So Eccius S. 315; Oertmann, Entstehung der ädilizischen Ansprüche in Seuff. Bl. f. RA. 76. Jg. S. 1 ff.; Crome II S. 459 Anm. 2; Planck II, 2 S. 702/3, Bem. 1 zu § 462 und das dort zahlreich angeführte Schrifttum; Scholl meyer, Erfüllungspflicht u. Gewährleistung für Fehler beim Kauf in Jher. Jahrb. 49 S. 95 ff. — Dagegen RGRKom. II S. 75 Bem. 1 zu § 462.

[4]) Jaeger S. 89. — Eine Besonderheit hat das französische Recht für den Viehkauf aufzuweisen. Nach Wagner (der Code civil, S. 538) kann die Klage wegen eines gesetzlichen Viehmangels erst angestrengt werden nach Aufnahme eines durch Sachverständige abgefaßten Gutachtens, das innerhalb der Gewährfrist beantragt werden muß.

[5]) L. 18 D. 21,1. — Daß jedoch auch dem alten deutschen Recht die Wandlung (mutatio) nicht fremd war, ist auf S. 19 Anm. 1 dies. Arbeit schon erwähnt. Einen Anspruch auf Preisminderung, wie wir ihn im römischen Recht bei der actio quanti minoris kennen gelernt haben, kannte jedoch das deutsche Recht nicht (vgl. v. Schwerin, Grundzüge des deutschen Privatrechts S. 206).

[6]) Abweichend nur im italienischen Recht Foschini, Istituzioni di dir. civ. romano et ital. p. 951, welcher die Wandlungsklage nur bei völliger Unbrauchbarkeit der Sache gewährt, die Minderungsklage dagegen nur dann, wenn der Käufer im Gebrauch der Kaufsache irgendwie beeinträchtigt ist. Aehnlich Stulz, Recht des Kaufs im Auslande in JW 1928 S. 589, wonach die italienische Rechtsprechung teilweise der Ansicht Foschinis gefolgt ist. — Dagegen Tendi II No. 491.

das deutsche Recht aus der Fassung des § 462 BGB, für das französische aus art. 1644 C.c., für das italienische aus art. 1501 C.c.it. (ebenso art. 368 I Prog. d. Cod.) und für das schweizerische Recht aus Art. 205 O.R.

Das schweizerische Obligationenrecht weicht von den übrigen drei Gesetzen insofern ab, als es dem Richter die Möglichkeit gibt, auch bei Anstellung der Wandlungsklage bloß Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern es sich um weniger schwere Mängel handelt, die eine Rückgängigmachung des Kaufvertrages nicht rechtfertigen (Art. 205 II)[7]. Durch diese Vorschrift wird der Verkäufer mehr begünstigt als in den übrigen drei Ländern, denn er kann in einem solchen Falle wohl zu einer Preisermäßigung gezwungen werden, nicht aber zur Rücknahme der Ware. Eine weitere Begünstigung des Verkäufers enthält Art. 205 III, wonach nur Wandlung verlangt werden kann, wenn der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises erreichen würde.

Der italienisch-französische Entwurf hat die Regelung des Art. 205 II O.R. übernommen und in art. 368 Abs. II bestimmt, daß der Richter dem Wandlungsbegehren des Käufers nicht stattzugeben braucht, wenn nach den Umständen nur eine Preisermäßigung gerechtfertigt erscheint.

Im französischen Recht wird besonders betont, daß nur der Minderungs- nicht der Wandlungsanspruch geltend gemacht werden kann, wenn der Käufer die Kaufsache irgendwie verändert hat, er sie also in dem früheren Zustand nicht zurückgeben kann[8]).

Dasselbe gilt für den Kauf einer öffentlichen Amtsstelle (office ministériel). Auch in diesem Falle kann der Käufer nur Minderung, nicht Wandlung verlangen[9]).

Die Geltendmachung der Wandlungsklage kann für den italienischen Handelskauf durch Ortsgebrauch ausgeschlossen sein. Dies be-

---

[7]) Oser-Schönenberger V S. 862. III; Becker-Gmür VI S. 92/93 mit vielen Beispielen; Jaeger S. 109. — „Es darf aber ein Käufer, der die Ware von vornherein zurückgewiesen hat, nicht ohne wichtige Gründe zur Annahme der Ware gegen Preisermäßigung gezwungen werden, da sonst der Käufer (bei Oels „Verkäufer", anscheinend Druckfehler in seinem Recht zu sehr geschmälert werden würde". (So Oels S. 36 mit Literaturangaben).

Diese Regelung hat der italienisch-französische Entwurf eines Gesetzbuches der Schuldverhältnisse und Verträge (Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti) übernommen. Art. 368 II lautet: „Ma anche se il compratore domanda lo sciogliomento del contratto, l'autorità giudiziaria può limitarsi a ridurre il prezzo, se ritiene che lo sciogliomento non sia giustificato dalle circostanze".

[8]) So Huc X No. 151; Baudry-Lancantinerie et Saignat XIX No. 133; Rép. gén. XXXVI No. 1682; Colin-Capitant II No. 580; Hémard II No. 1867. — Nach § 467 BGB ist im Falle des § 352 jedoch die Wandelung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. In diesem Falle hat der Käufer die umgestaltete Sache zurückzugewähren. Vgl. Planck II, 2 S. 719 d.

[9]) Baudry-Lacantinerie et Saignat XIX No. 433; Colin-Capitant II No. 580; Ziv. Ges. d. Gegenw. I: Code civil, S. 551 Anm. d zu art. 1644—1648.

tonen einige italienische Schriftsteller, ohne jedoch anzugeben, in welchen Gegenden Italiens solche Ortsgebräuche üblich sind [10]).

Für den Viehkauf gelten in Deutschland und Frankreich noch besondere Bestimmungen. Nach § 487 BGB kann nur Wandlung, nicht Minderung verlangt werden. Dies entspricht altdeutschen Rechtsgrundsätzen. Das französische Gesetz vom 2. August 1884 ist dieser deutschrechtlichen Regelung nahe gekommen, indem es in art. 3 bestimmt, daß die Minderungsklage nicht angestrengt werden kann, wenn der Verkäufer sich zur Rücknahme des Tieres erbietet unter Rückerstattung des Kaufpreises und der „frais occasionnées par la vente" [11]).

Der Streit, der in der deutschen Lehre und Rechtsprechung über das Wesen des Wandlungsanspruches und ebenso des Minderungsanspruches) herrscht, findet sich weder in dem romanischen noch in dem schweizerischen Schrifttum. Nach § 465 BGB ist die Wandlung (oder die Minderung) vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Die Rechtsnatur des § 465 ist lebhaft umstritten. Zwei Meinungen stehen sich einander gegenüber, die Vertragstheorie und die Herstellungstheorie. Nach der Vertragstheorie hat der Verkäufer Anspruch auf Abschluß eines Vertrages, der auf Rückgängigmachung des Kaufes oder auf Preisminderung abzielt. Der Wortlaut des § 465 spricht für die Richtigkeit der Vertragstheorie, ebenso rechtfertigt sich diese aus den Gesetzesmaterialien (Prot. I S. 709 ff.). Nach der Herstellungstheorie hat der Käufer einen unmittelbaren Anspruch auf völlige oder teilweise Rückzahlung des Kaufpreises [12]).

Der Unterschied zwischen diesen beiden Meinungen, die im deutschen bürgerlichen Recht eine so gewichtige Rolle spielen, scheint den übrigen drei Rechten fremd zu sein; eine Streitfrage besteht hier nicht. In den beiden romanischen Rechten geht die Wandlungsklage unmittelbar auf Rückzahlung des Kaufpreises. Auf Grund dieser Klage ist der Verkäufer costretto (gezwungen) a restituire il prezzo [13]). Allein im schweizerischen Recht finden wir bei Oser-Schönenberger (V S. 861, II, 1 im Anschl. an Art. 205 OR)

---

[10]) Fubini No. 355; Tendi II No. 491; Gasca II No. 1575.

[11]) Näheres über „frais occasionnées par la vente" auf S. 54.

[12]) Ueber die Einzelheiten dieses Streites vgl. das zahlreiche deutsche Schrifttum. Für Annahme der Vertragstheorie z. B. Schmidt, Bürgl. Recht S. 207; Oertmann II 2, S. 616 ff.; Dernburg, Das bürgerl. Recht II, 2 S. 74 § 185 Anm. 17; Leonhard, Schuldrecht des BGB II S. 68, und andere. — Vgl. auch Kaiser, Der Vollzug der Mängelansprüche des Käufers, S. 18 ff., der den Nachweis erbringt, daß die Vertragstheorie in den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes unabweisbar begründet sei und sich auch aus den Gesetzesmaterialien rechtfertigen lasse. — Anhänger der Herstellungstheorie sind z. B. Eccius S. 318 ff.; Enneccerus-Lehmann S. 396; Düringer-Hachenburg V, 1, S. 181 ff.; neuerdings auch Planck II, 2, 4. Aufl., S. 704 Bem. 3a zu § 462, u. a. Vgl. auch Stuckert, Zur Lehre von der Wandlung S. 12 ff.

[13]) Ruggiero II p. 301; Fubini No. 316; Ricci VII No. 183; Aubry et Rau V p. 112; Huc X No. 151.

einen Vermerk, daß es bei der Wandlung auf Zustimmung des Verkäufers zur Aufhebung des Kaufvertrages gehe. Demnach würden Oser-Schönenberger als Anhänger der Vertragstheorie anzusehen sein. Anderer Ansicht Becker-Gmür (VI, S. 94, 3): „Im Gegensatz zum deutschen BGB bedarf es nach unserm Recht zur Durchführung der Wandlung oder Preisminderung keines Vertrages." Die übrigen Schweizer Schriftsteller schweigen sich leider aus.

Hat sich der Käufer bereits für einen der beiden Ansprüche entschieden, dann kann er nach deutschem Recht bis zur Vollziehung der Wandlung bzw. Minderung noch zu dem anderen übergehen (ius variandi). Eine Erklärung des Käufers über die Wahl seines Anspruches ist für ihn vor der Zustimmung des Verkäufers nicht bindend. Der Käufer kann seine Erklärung noch solange widerrufen, bis der Verkäufer sein Einverständnis, das auch stillschweigend erfolgen kann, erklärt hat. Dasselbe gilt für eine Klageerhebung des Käufers, die sich als einseitige Erklärung darstellt. Erst die Einwilligung des Verkäufers, - die durch rechtskräftige Verurteilung ersetzt werden kann (vgl. Prot. I, S. 710) — in das Wandlungs- bzw. Minderungsbegehren des Käufers bewirkt Vollzug der Wandlung oder Minderung (§ 465 BGB). Damit erst erlischt das ius variandi des Käufers. Selbstverständlich geht dieses Wahlrecht auch verloren, wenn der Verkäufer den geltend gemachten Anspruch befriedigt hat.

Abweichungen vom deutschen Recht weist das schweizerische auf. Nach Becker-Gmür (VI, S. 94, 3) wird das Wahlrecht des Käufers schon durch die einseitige Erklärung konsumiert. Diese Ansicht wird aber nur für das Preisminderungsbegehren durchgeführt. „Da im allgemeinen die Wandlung die für den Verkäufer lästigere Rechtsfolge ist, so liegt in der Erklärung des Käufers, er verlange Preisminderung, ein definitiver Verzicht auf Wandlung, soweit Mängel in Betracht kommen, die der Käufer damals kannte oder kennen mußte. Dagegen steht es dem Käufer frei, zuerst Wandlung zu verlangen und sich nachher auf Preisminderung zu beschränken."

Nach französischem und italienischem Recht kann der Käufer, auch wenn er schon die eine der beiden Klagen erhoben hat, immer noch zur anderen Klage übergehen. Sein Wahlrecht entfällt erst, wenn er mit seiner ersten Klage durch Urteil abgewiesen oder sein Anspruch durch rechtskräftiges Urteil anerkannt worden ist [14]).

Tritt jedoch ein neuer Mangel der Kaufsache zutage, so ist dies ein völlig neuer Gesichtspunkt, unter dem eine neue Klage angestrengt werden kann (§ 475 BGB). Hierin stimmen alle vier Rechte überein [15]).

[14]) Planiol-Ripert X p. 137 No. 133; Aubry et Rau V p. 113 11 Anm. 18; Laurent XXIV No. 290; Huc X No. 151; Tendi II No. 491.

[15]) Z. B. Planck II, 2 S. 715, 3; Laurent XXIV No. 290; Aubry et Rau V p. 113 11 Anm. 18/19; Guillouard I No. 458; Huc X No. 151; Civ. 20. Juni 1917 (D.P. 1917 1.140); Fubini

### b) Wandlung.

Da die Wandlungsklage Rückgängigmachung des Kaufvertrages erstrebt, müssen die Parteien in den früheren Zustand zurückversetzt werden, der vor Abschluß des Kaufvertrages bestanden hat. Sie sind zu diesem Zweck verpflichtet, die bereits empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Ihren Ursprung hat die Wandlungsklage in L. 60 D. 21, 1: „Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit“ [16]). Diese Bestimmung kehrt im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch in § 467 wieder, nach welchem auf die Wandlung die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 ff. entsprechend anzuwenden sind.

Nach französischem Recht ist der Wandlungsanspruch nichts anderes als die Anwendung des art. 1184 C.c. (action en résolution) [17]), während für das italienische Recht Fubini (p. 512) die Wandlungsklage der italienischen azione di risoluzione (art. 1165 C.c.it.) nicht in allem gleich stellt. Zwischen den beiden Klagen bestehe insofern ein Unterschied, als bei zufälligem Untergang der Kaufsache der Käufer wohl die Klage nach art. 1165 anstrengen könne, nicht aber die Wandlungsklage (art. 1504 II C.c.it.). Derselbe Unterschied besteht auch im französischen Recht. Nur ist er von den französischen Schriftstellern nicht besonders hervorgehoben worden. Im deutschen Recht dagegen fällt diese Verschiedenheit fort (vgl. BGB § 350 i. Verbdg. mit § 467).

Auf Grund der Wandlung ist der Käufer verpflichtet, außer der Kaufsache [18]) auch alle Nutzungen und Früchte, die er inzwischen aus der Sache gezogen hat, an den Verkäufer herauszugeben [19]). Nach

---

No. 359; Tendi II No. 491; Ricci VII No. 182; Oser-Schönenberger V S. 862, II, 3; Jaeger S. 92.

[16]) Wurde von Seiten des Verkäufers nicht Folge geleistet, so drohte ihm Verurteilung auf das Doppelte, was beweist, daß die actio redhibitoria ursprünglich als Deliktsklage gedacht war. (Hanausek I S. 24 Anm. 19). Allmählich verlor sie jedoch ihren Strafcharakter und wurde reine Zivilklage.

[17]) Laurent XXIV No. 292; Beudant IV, 2 No. 260; Hémard II No. 1867.

[18]) Die Kaufsache ist in dem ursprünglichen Zustand zurückzugeben. Beim Grundstückskauf muß daher eine Belastung des Grundstückes, z. B. durch Hypothek, rückgängig gemacht werden. Dies betonen ausdrücklich Aubry et Rau V p. 113 Anm. 15; Colin-Capitant II No. 580. — Im schweizerischen Schrifttum wird darauf hingewiesen, daß der Käufer jedoch durch Veräußerung der Sache nicht das Recht der Wandlung verliere, es sei denn, daß die Veräußerung in Kenntnis des Mangels erfolgt ist oder der Käufer infolge der Veräußerung nicht mehr imstande ist, die Sache zurückzugeben. Hat aber der Käufer in Unkenntnis des Mangels die Sache an einen Dritten weiterverkauft, und ist dieser Kauf wegen des Mangels von dem Dritten rückgängig gemacht worden, dann hat der Käufer auch gegenüber dem ersten Verkäufer den Wandlungsanspruch. Dies geht z. B. aus Art. 207 III O.R. nicht klar hervor. Vgl. aber v. Tuhr in Schweiz. Jur. Ztg. 18. Jg. S. 369/70.

[19]) § 347 BGB; Art. 208 I O.R.; Becker-Gmür VI S. 100, I; Guillouard I No. 461; Zachariae-von Lingenthal II,

deutschem Recht hat er außerdem die Nutzungen zu vergüten, deren Ziehung er schuldhafter Weise versäumt hat (§ 347 BGB).

Der Verkäufer hat dem Käufer den Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten (§ 467 i. Vbdg. mit § 347 Satz 3 BGB). Außerdem sind dem Käufer alle Verwendungen, die er zur Erhaltung der Kaufsache gemacht hat, nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen (BGB §§ 347 Satz 2, 994 II, 683). Somit kann der Käufer nach § 683 Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, soweit sie dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Verkäufers entsprochen haben. Hierher gehören z. B. Aufbewahrungs- und Fütterungskosten [20]). Ferner hat der Verkäufer die vom Käufer bestrittenen Vertragskosten zu ersetzen (§ 467 Satz 2 BGB). Hierzu werden nicht nur die Kosten des Kaufvertrages, z. B. die der Auflassung und Stempelsteuern, gehören, sondern auch die Kosten, die die Wandlung verursacht hat, z. B. Kosten eines Privatgutachtens zum Zweck der einwandfreien Mängelfeststellung (OLG Braunschweig 23. 1. 14 im Recht 1914 Nr. 758). Fubini (No. 318) unterscheidet spese necessarie, utili und voluttuarie. Die spese necessarie werden stets zu ersetzen sein. Bei den spese utili ist festzustellen, ob und inwieweit eine Verbesserung der Kaufsache eingetreten ist; da kein Gesetz den Käufer zu dieser Rückerstattung verpflichtet, kommt es im Einzelfalle darauf an, was der Verkäufer, der ja die Sache zurückerhält durch die spese utili für einen Vorteil hat. Die spese voluttuarie sind dagegen nicht zu ersetzen.

Abweichend vom deutschen Recht kann nach schweizerischem Obligationenrecht der Käufer den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist, ohne daß ein Verschulden des Verkäufers vorzuliegen braucht (Art. 208 II). Damit verlangt das schweizerische Recht die völlige Schadloshaltung des Käufers; zu ersetzen ist das sogen. negative Interesse (vgl. Jaeger S. 104; Oser-Schönenberger V, S. 869 zu Art. 208). Dieser Schadensersatzanspruch ist nicht dem Anspruch aus § 463 BGB gleichzustellen, der arglistiges Verschweigen auf Seiten des Verkäufers voraussetzt.

Der schweizerischen Regelung kommt das französische Recht sehr nahe, denn der Ersatz der frais occasionnées wird in den meisten Fällen einem Schadensersatz entsprechen [21]).

Die Fassung des Art. 208 III O.R., nach dem der Verkäufer verpflichtet ist, den weiteren Schaden zu ersetzen, sofern er nicht beweist, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt, ist nur ein Hinweis auf Art. 97 O.R. und nach v. Tuhr [22]) überflüssig.

---

S. 490; Chironi, Istituzioni di diritto civile italiano II p. 100; Tendi II No. 496. — Vgl. auch L. 23 § 1 D. 21, 1.

[20]) Vgl. art. 1646 C.c. „frais occasionées par la vente"; art. 1503 C.c.it. „spese fatte per causa della vendita"; Zachariae-von Lingenthal II S. 490 Anm. 35 d.: „Die Fütterungskosten gehören zu den frais occasionées par la vente"; Huc X No. 151; Chironi II p. 100; Req. 13. März 1877 (D.P. 77. 1. 323).

[21]) Vgl. Rogron Anm. z. art. 1634 C.c. — Näheres hierüber bei Behandlung des Schadensersatzes, vgl. § 8 II dies. Arb.

Streit herrscht im französischen und italienischen Recht, ob die Nutzungen (fruits), die der Käufer zurückzugeben hat, mit den Zinsen (intérêts) des Kaufpreises verrechnet werden können. Nach Pothier[23]) und Troplong[24]) hat eine solche Verrechnung der Einfachheit halber stattzufinden. Anderer Ansicht ist z. B. Guillouard[25]), nach welchem sich eine Verrechnung nicht mit dem Grundsatz der Rückgängigmachung vereinbaren läßt.

### c) Minderung.

Die Minderungsklage erstrebt eine Herabsetzung des Kaufpreises und will den Kaufvertrag nicht rückgängig machen. Sie erstrebt Beseitigung einer Benachteiligung des Käufers. Sie geht aber nicht auf Schadensersatz, wie einige französische Schriftsteller annehmen[26]), sondern lediglich auf Preisminderung.

Ueber die Berechnung des Minderwertes[27]) bestimmt nur das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch Genaues. Nach § 472 I ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde. Diese sogenannte relative Berechnungsmethode wird am besten den beiderseitigen Belangen des Käufers und Verkäufers gerecht.

Die übrigen drei Gesetzbücher geben keine genauen Richtlinien für die Feststellung des Minderwertes. Der Code civil überläßt sie den Sachverständigen (art. 1644)[28]), das italienische Recht der Gerichtsbehörde (art. 1501 C.c.it.; ebenso art. 368 I Prog. d. Cod.). Während die im deutschen Recht in § 472 I BGB gesetzlich festgelegte sogen. relative Berechnungsmethode in den beiden romanischen Rechten grundsätzlich abgelehnt wird, ist sie im schweizerischen Rechte herrschend[29]).

---

[22]) Schweiz. Jur. Ztg. 18. Jg. S. 370. Nach Art. 208 III O R. wird der Eindruck erweckt, als wenn die Ersetzung des weiteren Schadens beim Verschulden des Verkäufers nur bei der Wandlungs- und nicht bei der Minderungsklage verlangt werden kann. Daher hätte man — nach v. Tuhr — entweder Art. 208 III streichen oder die Schadenshaftung auch auf den Fall der Minderung ausdehnen sollen.

[23]) No. 217.

[24]) II No. 571: „mais, en France, on compense toujours les fruits de la chose avec les intérêts du prix, pour éviter la difficulté de la liquidation".

[25]) I No. 461. So auch Laurent XXIV No. 293; Cuturi No. 119; Tendi II No. 498. — Dagegen Aubry et Rau V p. 113 Anm. 16.

[26]) Hémard II No. 1867; Beudant IV, 2 No. 260.

[27]) Vgl. hierzu Hellweg, Ueber die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris in Arch. Ziv. Prax. 59. Bd. S. 35 ff.

[28]) Planiol II No. 1465: „La portion du prix qui doit être restituée est arbitrée par experts". Ungenau Huc, Le Code civil italien et le Code Napoléon, II No. 1501, der die Bestimmung des Preises der Gerichtsbehörde zuschreibt.

[29]) Becker-Gmür VI, S. 95, III; Oser-Schönenberger V, S. 864, 4; v. Tuhr in Schweiz. Jur. Ztg. 18. Jg. S. 370; Jaeger S. 113.

Im französischen und italienischen Recht schwankt man zwischen den beiden sogen. absoluten Methoden. Nach der einen soll dem Käufer der Unterschied des Wertes der Kaufsache in ihrem fehlerlosen Zustande zum Werte im fehlerhaften Zustande vergütet werden, nach der anderen der Unterschied zwischen dem Wert der Sache im fehlerhaften Zustande und dem Kaufpreis. Die letztere Berechnungsart wird von Fubini[30]) empfohlen. Hiernach soll der italienische Richter den Preis festsetzen. Die französische Regelung des art. 1644 C.c., nach welcher Sachverständige den Minderwert festzustellen haben, wird im italienisch-französischen Entwurf eines Gesetzbuches der Schuldverhältnisse und Verträge[31]) zu Gunsten der italienischen Regelung des art. 1501 C.c.it. verlassen; nicht Sachverständige, sondern der Richter selbst soll den Minderwert bestimmen.

Keine Rolle spielt bei der Preisminderungsklage die Rückgabemöglichkeit der Kaufsache. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Minderung, wonach der Kaufvertrag unberührt bleiben soll. Daher behält der Verkäufer den Minderungsanspruch auch, wenn er die Sache verarbeitet oder umgestaltet oder sogar weiterverkauft hat.

### II. Schadensersatz.

Außer dem Wandlungs- und Minderungsanspruch hat nach deutschem Recht der Käufer in gewissen Fällen ein drittes Wahlrecht, den Schadensersatzanspruch[32]) wegen Nichterfüllung. Nach § 463 BGB[33]) kann er diesen Anspruch geltend machen, wenn der Sache zur Zeit des Kaufvertrages eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Dasselbe gilt, wenn der Verkäufer einen bei Gefahrübergang noch vorhandenen Fehler arglistig verschwiegen oder, was im Gesetz nicht erwähnt ist, eine Eigenschaft arglistig vorgespiegelt hat. Der letzte Fall hat sich durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts herausgebildet[34]).

Einen Schadensersatzanspruch als besonderen Gewährleistungsanspruch gibt es im Gegensatz zum deutschen BGB weder im schwei-

[30]) No. 360. Ebenso Tendi II No. 499; Cuturi No. 119 bis
[31]) art. 368 I u. Relazione sul progetto, p. 82.
[32]) Einen Schadensersatzanspruch gab es schon im alten deutschen Recht. Diesen konnte der Käufer geltend machen, wenn ihm durch arglistiges Verschweigen eines Mangels schuldhaft ein Schaden zugefügt war. „Es gab zwei große Klassen von bürgerlichen Klagen, Klagen um Gut und Klagen um Schuld, das sind nach bestrittener aber herrschender Lehre dingliche und persönliche Klagen. Der Schadensersatzanspruch mußte also mit der Klage um Schuld geltend gemacht werden, denn es handelt sich hier nicht um einen dinglichen Rechtsgrund." (v. Rücker, Die Sachmängelhftg. b. Kauf nach d. BGB i. Vergl. z. ihrer hist. Grundlage, S. 9). — Im römischen Recht stand dem Käufer neben den beiden ädilizischen Klagen die aus dem älteren Zivilrecht herrührende actio emti zur Verfügung. Nur mit dieser Klage konnte, soweit deren Voraussetzungen (arglistiges Verschweigen und dicta et promissa) vorlagen, Schadensersatz verlangt werden. (Sohm, S. 425.)
[33]) Für den Gattungskauf gilt § 480 II BGB.
[34]) RGZ 63, 110; 103, 160, — Die Ansicht des RG ist nicht unbestritten geblieben. Dagegen z. B. Siber S. 239.

zerischen Obligationenrecht noch in den beiden romanischen Rechten. Zwar kennen auch diese Rechte einen Anspruch auf Schadensersatz, der aber nicht wahlweise statt Wandlung oder Minderung erhoben werden kann.

Das schweizerische Obligationenrecht, das in den Art. 197 ff. keine besondere Schadensersatzklage wegen Sachmängel vorsieht, gewährt dem Käufer nach den allgemeinen Lehren des Vertragsrechts, die durch die Sondervorschriften über den Kauf nur ergänzt sind, eine allgemeine Schadensersatzklage nach Art. 97. Diese Klage steht also dem Käufer neben der Wandlungs- oder Minderungsklage kumulativ zu und kann immer angestrengt werden, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen. Zwar sind Schweizer Stimmen laut geworden, welche die Anwendbarkeit des Art. 97 O.R. ablehnen, wenn es sich um die Haftung des Verkäufers für Mängel der Kaufsache handelt, denn diese Haftung sei in den Art. 197 ff. erschöpfend geregelt.

Die herrschende Meinung, insbes. das schweizerische Bundesgericht, ist jedoch für die Zulassung der selbständigen Schadensersatzklage, sofern auf Seiten des Verkäufers Verschulden vorliegt (vgl. Jaeger S. 125). Dabei wird die bloße Kenntnis des Mangels noch nicht ohne weiteres ein Verschulden begründen, aber stets dann, wenn der Verkäufer damit rechnen muß, daß der Käufer die Sache bei Kenntnis des Mangels nicht gekauft haben würde. Dies gilt insbesondere bei betrüglicher Zusicherung einer Eigenschaft. (Vgl. Becker-Gmür VI S. 101 IV.) Dieses Verschulden des Verkäufers, welches Art. 97 voraussetzt, wird noch einmal in Art. 208 III ausdrücklich betont. Zu ersetzen ist jeder weitere Schaden, d. h. das sogen. positive oder Erfüllungsinteresse, das auch den entgangenen Gewinn mit umfaßt [35]).

Die deutsche Schadensersatzklage des § 463 BGB kommt zu demselben Ergebnis, auch für den Fall der arglistigen Vorspiegelung einer Eigenschaft.

Ersatz des sogen. negativen Vertragsinteresses kann nach schweizerischem Obligationenrecht mit der Wandlungsklage nach Art. 208 II verlangt werden, ohne daß es eines Verschuldens auf Seiten des Verkäufers bedarf (Oser-Schönenberger V S. 869 z. Art. 208).

Ein Schadensersatzanspruch auf Grund der allgemeinen Bestimmungen wird auch im deutschen Recht nicht durch die Vorschriften über die Sachmängelhaftung ausgeschlossen. Dies ist von Wichtigkeit für den Fall einer schuldhaften Vertragsverletzung durch den Verkäufer nach Kaufabschluß und insbesondere bei sogen. positiver Vertragsverletzung [36]). Dann ist § 463 BGB nicht anwendbar.

---

[35]) v. Tuhr, Allgem. Teil d. schweiz. O.R., II. HBd. S. 498.

[36]) Vgl. hierzu v. Blume, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache in Jher. Jahrb. 55. Bd., S. 227 ff.; Richter, Ist der Begriff der positiven Vertragsverletzung bei Stückschulden erforderlich?, S. 8. — Der Begriff der positiven Vertragsverletzung wird für das schweizerische Recht von v. Tuhr (Allgem. Teil II S. 505) abgelehnt. Es ist — nach v. Tuhr — niemals bezweifelt worden, daß auf Grund des Art. 97 O.R der Schuldner auch den Schaden zu ersetzen hat, den er durch

Aehnlich dem schweizerischen Obligationenrecht ist auch dem französischen und italienischen Schuldrecht eine besondere Schadensersatzklage wegen Mängel der Kaufsache unbekannt [37]). Verlangt der Käufer den ihm durch die Fehlerhaftigkeit der Kaufsache entstandenen Schaden ersetzt, so muß er ihn mit dem Wandlungs- bzw. Minderungsanspruch zugleich, nicht wahlweise statt Wandlung oder Minderung, geltend machen. Dabei ist wichtig, ob der Verkäufer den Mangel der Kaufsache kannte oder nicht. Ist der Verkäufer bösgläubig, dann ist art. 1645 C.c. anwendbar, d. h. er hat jeden Schaden tous les dommages et intérêts, zu ersetzen, ist er gutgläubig, greift art. 1646 Platz. Das italienische Zivilgesetzbuch hat die französische Regelung zum Vorbild genommen. Die art. 1502 und 1503 C.c.it. entsprechen fast wörtlich den beiden art. 1645 und 1646 des Code civil, ebenso art. 369 und art. 370 Prog.d.Cod.

Nach art. 1646 C.c. hat der gutgläubige Verkäufer die frais occasionnées par la vente zu ersetzen. Strittig ist im französischen Recht, was unter diesem Begriff zu verstehen ist. Während die französische Wissenschaft nur diejenigen frais occasionnées ersetzt wissen will, die sich unmittelbar auf den Kaufvertrag beziehen, geht die französische Rechtsprechung darüber hinaus und umfaßt den Begriff der frais occasionnées viel weiter. In einer Entscheidung des Appellationshofs von Amiens vom 16. Februar 1862 (D.P.63.2.27) wird der gutgläubige Verkäufer schlechten Getreidesamens verurteilt, dem Käufer alle Kosten zu ersetzen, die ihm durch die Vornahme einer neuen Saat entstehen. Als Beweis wird angeführt, daß art. 1646 C.c. nicht von „frais de la vente", sondern von „frais par la vente" spreche. Diese Entscheidung hat eine ältere zum Vorbild (Req. 29. Juni 1847, D.P.48,1.187), nach welcher der Verkäufer von fehlerhaftem Viehfutter, obgleich er nichts von dem Mangel der Kaufsache wußte, zum Ersatz aller Kosten, die dem Käufer durch den Weiterverkauf des Futters entstehen, verurteilt wird [38]). Demnach hat auch der gutgläubige Verkäufer nach der französischen Rechtsprechung Schadensersatz zu leisten. Dies ist nicht im Sinne der französischen Rechtslehre, die sich eng an den Wortlaut des art. 1645 hält. Nur wenn der Verkäufer den Mangel gekannt hat, ist er, mag die eine oder die andere ädilizische Klage angestrengt sein, zum Schadensersatz verpflichtet [39]). Dem Verkäufer, der den Mangel der Kausache kannte,

---

fehlerhafte Erfüllung anrichtet. Vgl. auch Oser-Schönenberger V (1. HBd.) S. 536, No. 5.

[37]) Vgl. z. B. Fubini No. 335: „L'azione di risarcimento di danni in base al disposto dell' art. 1502 non è indipendente, ma costituisce l'accessorio delle azioni edilizie".

[38]) Es lassen sich noch viele Beispiele hierfür anführen z. B. Cass. 26. April 1870 (S. 70. 1. 265; DP. 71. 1. 11; Rép.gén. XXXVI No. 1737). Hier wird der gutgläubige Verkäufer zum Ersatz der Reisekosten verurteilt, die dem Käufer durch den Prozeß, mit dem er die Wandlungsklage angestrengt hat, entstehen. — Vgl. auch Rouen 22. Mai 1886 (S. 88. 2. 166; Cons. d'Etat, 3. Juni 1892 (S. 94. 3. 53 u. Rép. gén. XXXVI No. 1738).

[39]) Baudry-Lacantinerie et Saignat XIX No. 434; Hémard II No. 1867; Planiol-Ripert X p. 140; Josserand,

wird derjenige, der ihn kennen mußte, gleichgestellt. So heißt es z. B. bei Guillouard (I No. 462): „Le vendeur, qui connaissait les vices de la chose, est tenu à des dommages-intérêts. Il en est de même s'il devait les connaître, à raison de sa profession". Insbesondere werden kunstverständige Käufer und Fabrikanten mit besonderer Strenge beurteilt [40]).

Eine Sonderstellung in der französischen Lehre nimmt Laurent ein. Nach ihm (XXIV No. 294) hat der gutgläubige Verkäufer immer den voraussehbaren Schaden (art. 1150 C.c.) zu ersetzen, „les dommages-intérêts intrinsèques", d. h. den Schaden, den der Käufer bezüglich der Kaufsache selbst erleidet. Laurent folgt hierin Pothier (vgl. No. 213). Der bösgläubige Verkäufer dagegen hat gemäß art. 1645 C.c. jeden Schaden zu ersetzen, „les dommages-intérêts extrinsèques", den er irgendwie auch an anderen Gütern, erlitten hat. (art. 1151 C.c.). Hierzu gehören die sogenannten „positiven Vertragsverletzungen" [41]) und der entgangene Gewinn.

Die französische Rechtsprechung ist im wesentlichen Laurent gefolgt. Der vom Gesetzgeber vorgesehene Unterschied zwischen der Sachmängelhaftung des gutgläubigen und der des bösgläubigen Verkäufers wird damit beseitigt, bis auf das lucrum cessans, den entgangenen Gewinn, der nur vom bösgläubigen Verkäufer verlangt werden kann [42]). Die französische Rechtsprechung wird den Belangen des Verkäufers wenig gerecht. Der Verkäufer muß ganz besonders auf gute Beschaffenheit des Kaufgegenstandes achten, da ihm bei Fehlerhaftigkeit nicht übersehbare Nachteile erwachsen können. Viel gerechter ist dagegen die deutsche gesetzliche Regelung in den §§ 459 und 463 BGB, was auch von Josserand (p. 11) anerkannt wird.

Einige italienische Schriftsteller setzen sich mit Laurent auseinander, ohne ihm zu folgen, z. B. Tendi (II No. 502) und Gasca (II No. 1598). Letzterer betont: „il venditore è tenuto al risarcimento dei danni al compratore, solamente se era in mal fede al momento della vendita; confutazione dell'opinione del Laurent che il venditore di buona fede è tenuto al risarcimento dei danni prevedibili". Die Mehrzahl der italienischen Schriftsteller läßt den bösgläubigen Verkäufer und denjenigen, der den Mangel kennen mußte, nach art. 1502 C.c.it. in Verbindung mit art. 1227 für jeden Schaden haften, wozu auch im italienischen Recht der entgangene Gewinn gerechnet wird,

---

Anm. zu Req. 21. Okt. 1925 (D.P. 1926. 1. 9 ff.) „Ueber das Maß der Gewährleistungspflicht des gutgläubigen Verkäufers bei heimlichen Mängeln", mit vielen angeführten Stellen und Entscheidungen. Josserand betont, daß „dommages-intérêts" und „frais" nicht dasselbe bedeutet, beide Begriffe dürften nicht verwechselt werden. „En réalité, tout ce système jurisprudentiel est beaucoup trop brutal". (p. 11.)

[40]) Pothier No. 213; Aubry et Rau V p. 113 Anm. 17; Rép. gén. XXXVI No. 1742/43; Zachariae-v. Lingenthal II S. 490 Anm. 36; Req. 10. Mai 1909 (D.P. 1912. 1. 16).

[41]) Aix 4. Jan. 1872 (D.P. 73. 2. 55) Waffenhändler liefert Waffe, welche explodiert.

[42]) Planiol-Ripert X p. 140 Anm. 2; Req. 21. Okt. 1925 (D.P. 1926. 1. 9); Rechtsvergl. Handwörterb. IV S. 762 a.

den gutgläubigen Verkäufer dagegen nicht für Schadensersatz [43]). In der italienischen Rechtsprechung finden sich wenige Entscheidungen hierüber, die wenigen folgen der herrschenden Lehre [44]).

### III. Nachbesserung und Ersatzlieferung.

Nach herrschender französischer Lehre hat der Käufer außer dem Wandelungs- und Minderungsanspruch auch einen Nachbesserungsanspruch. Dieser Nach- oder Ausbesserungsanspruch wird im Code civil nicht besonders erwähnt, er ergibt sich aber nach Ansicht der französischen Schriftsteller aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Verkäufer verpflichten, dem Käufer eine brauchbare Sache zu liefern. Voraussetzung ist dabei, daß es sich um einen Fehler handelt, der ausbesserungsfähig ist [45]). Im Gegensatz zur herrschenden französischen Lehre steht nur Laurent (XXIV No. 291), der einen Anspruch auf Nachbesserung nicht anerkennt, da dem Käufer nur diejenigen Rechte wegen Mangels der Kaufsache zuständen, die ihm das Gesetz ausdrücklich gibt. Die französische Rechtsprechung ist Laurent nicht gefolgt, sondern hat sich der herrschenden Lehre angeschlossen und dem Käufer einen Nachbesserungsanspruch gegeben. (Vgl. z. B. Amiens 6. Juni 1875, S. 76. 2. 225.) Das kommt auch neuerdings wieder in einer Entscheidung des Kassationshofes zum Ausdruck (Cass.Civ. 11. April 1933, D.H. 1933, 331). Ueber ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers finden wir im französischen Schrifttum nichts. Ebenso ist dem französischen Recht ein Anspruch des Käufers auf Nachlieferung mangelfreier Ware unbekannt [46]). Soweit reparabele Fehler vorliegen, dürfte sich ein derartiges Recht des Käufers für das französische Recht erübrigen, da der Käufer mit dem ihm zustehenden Ausbesserungsanspruch hier zu demselben Ziele gelangen kann.

Abweichungen vom französischen Recht zeigt das italienische. Hier dürfte vielfach die Ansicht Laurents dazu beigetragen haben, einen Nachbesserungsanspruch des Käufers abzulehnen. Nach der herrschenden italienischen Lehre ist ferner die Bereitwilligkeit des Verkäufers zur Nachbesserung nicht geeignet, die Geltendmachung der dem Käufer zur Wahl stehenden Ansprüche auszuschließen [47]). Der Käufer ist also nicht verpflichtet, die ihm vom Verkäufer angebotene Ausbesserung anzunehmen. Somit besteht auch kein Nachbesserungsrecht für den Verkäufer.

---

[43]) Tendi II No. 502; Ricci VII No. 184; Cuturi No. 119; Fubini No. 323; Pacifici-Mazzoni V 1. p. 301; vgl. auch Barassi, Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, in Arch.giur. 'Filippo Serafini' 1899 p. 334.

[44]) Vgl. Tendi II No. 502 u. die dort angegeb. Entsch.

[45]) So Guillouard I No. 457; Aubry et Rau V p. 112 Anm. 14 bis.; Baudry-Lacantinerie et Saignat XIX No. 434; Huc X No. 151; Hémard II No. 1867.

[46]) In der französischen Rechtsliteratur findet sich nichts hierüber. Vgl. auch Jaeger S. 117.

[47]) Tendi II No. 492; Fubini No. 314; Cuturi No. 119.

Oft ist von italienischen Schriftstellern darüber gestritten worden, ob der Käufer vom Verkäufer verlangen kann, daß dieser die fehlerhafte Ware zurücknimmt und ihm dafür eine andere gleichwertige fehlerfreie liefert. Die Mehrzahl der italienischen Schriftsteller hat sich für die deutsche Regelung entschieden und entsprechend dem § 480 BGB nur für den Gattungskauf den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache gelten lassen, nicht dagegen für den Fall des Stückkaufes[48]). Ein französisches Vorbild gab es nicht, da die französische Lehre und Rechtsprechung über diesen Anspruch schweigt.

Nachbesserungsrecht und Nachbesserungspflicht gibt es im schweizerischen Recht nur auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung[49]). Nach herrschender deutscher Meinung besteht jedoch ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers bis zur Uebergabe, dagegen wird dem Käufer ein Anspruch auf Nach- oder Ausbesserung in der Regel nicht zugestanden[50]). Im übrigen wird eine Nachbesserung dem Verkäufer immer zu gestatten sein, wenn deren Ablehnung gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Ein Umtauschrecht steht nach § 480 I BGB nur dem Käufer einer der Gattung nach bestimmten Sache zu. Die entsprechende Bestimmung des schweizerischen Obligationenrechts gibt uns Art. 206. Hiernach kann der Käufer, gleichgültig ob es sich um einen erheblichen oder unerheblichen Fehler handelt, Nachlieferung mangelfreier Ware verlangen, vorausgesetzt, daß er Ware von der verlangten Gattung erhalten hat.

Eine Sonderregelung, für die es in den übrigen Gesetzbüchern kein Gegenstück gibt, findet sich in Art. 206 II O.R. Beim Platzkauf hat der Verkäufer das Recht, sich durch sofortige Lieferung

---

[48]) So Tendi II No. 493; Ricci VII No. 182; Fubini No. 315 — abw. A. nur Gasca II No. 1572, sofern besondere Handelsgebräuche beständen.

[49]) Becker-Gmür VI S. 98, IV. „Eine stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn die Parteien von vornherein mit dem Vorliegen von Mängeln rechnen und deren Beseitigung durch den Verkäufer in Aussicht nehmen. Aber selbst wenn eine solche Vereinbarung besteht, ist sie im Zweifel restriktiv auszulegen." — Vgl. hierzu auch Funk, Ersatzleistung bei Mängeln des Kaufgegenstandes. In Schweiz. Jur. Ztg. 27. Jg. S. 225.

[50]) z. B. Schmidt, Bürgerliches Recht S. 206; RGRKom. II S. 63a; Planck II, 2 S. 706 No. 4; Oertmann II, 2 S. 604; Heck S. 275, u. a. — abw. A.: Dörr S. 30, 31. „Der Verkäufer, der die Sache in Kenntnis oder in fahrlässiger Unkenntnis eines reparablen Fehlers übergibt, ist zur Beseitigung des Fehlers verpflichtet." Zu dieser Folgerung gelangt Dörr aber nur, weil er eine Pflicht des Verkäufers zur Uebergabe der Kaufsache in fehlerfreiem Zustand unterstellt, wofür der Gesetzestext (§ 433 BGB im Gegens. zu § 631 BGB) keine Veranlassung gibt. — Unter dem Gesichtspunkt der Vertragstreue fordert Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 76, daß die Nachbesserung mehr in den Vordergrund gerückt wird. „Sie ist stets zulässig, ist Nachbesserungspflicht wie Nachbesserungsrecht, kann durch Neuleistung wie Ausbesserung erfolgen und beansprucht gegenüber der Minderung wie Wandlung verstärkte Beachtung bei erbrachter Leistung."

währhafter Ware derselben Gattung und Ersatz allen Schadens von jedem weiteren Anspruch zu befreien. Dieses Recht des Verkäufers zu sofortiger Ersatzlieferung ist jedoch auf den Platzkauf beschränkt [51])

## § 9.
## Verjährung.

### I. Die gesetzlich festgelegten Verjährungsfristen im deutschen, schweizerischen und italienischen Recht.

Die Gewährleistungsansprüche, die dem Käufer gegen den Verkäufer wegen eines Mangels der Kaufsache zustehen, sind einer kurzen Verjährung unterworfen, „weil die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit in höchstem Grade lästig und hemmend ist" (Mot. II S. 238). Bereits im römischen Recht wurde für die ädilizischen Klagen aus Gründen der Verkehrssicherheit eine besonders kurze Verjährungsfrist festgesetzt. Man machte jedoch einen Unterschied zwischen den beiden Klagen und ließ die actio redhibitoria in sechs Monaten, die actio quanti minoris als die mildere Klage in einem Jahre verjähren. (L. 19. § 6 D. 21,1.) Das gemeine Recht hat diese Regelung übernommen [1]).

Die heute gültigen Gesetzgebungen der hier zu vergleichenden Länder haben die kurzen Verjährungsfristen beibehalten, ohne jedoch dem ädilizischen Recht in der unterschiedlichen Behandlung der actio redhibitoria und actio quanti minoris zu folgen. Dagegen wird unterschieden, ob es sich um den Kauf einer beweglichen Sache oder um einen Grundstückskauf handelt, für den man meistens eine längere Verjährungsfrist festgesetzt hat.

Gesetzlich festgelegte Verjährungsfristen finden wir im deutschen, schweizerischen und italienischen Recht. Nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch verjähren die Gewährleistungsklagen wegen Sachmängel, auch die dem deutschen Recht eigentümliche Schadensersatzklage des § 463 BGB [2]), bei beweglichen Sachen in 6 Monaten

---

[51]) Näheres hierüber bei Becker-Gmür VI, S. 97, II, und bei Jäger S. 117 f. — Vgl. auch Funk in Schweiz. Jur. Ztg. 27. Jg. S. 225.

[1]) Die Beseitigung der Haftung durch Verjährung ist nicht rein römischrechtlichen Ursprungs. Schon das alte deutsche Recht hatte die Geltendmachung des Wandlungsanspruches an eine sehr kurze Frist gebunden. Nach der Lex Baiuvariorum betrug sie 3 Tage. Die betr. Stelle (Tit. XVI, 9) lautet: „Et si plus de tribus noctibus habuerit postea se, non potest mutare, nisi forte eum invenire non poterit intra tres dies, tunc quando invenerit recipiat, qui vitiatum vendidit".

[2]) Nur der auf arglistiges Verschweigen gegründete Anspruch des § 463 BGB unterliegt der 30jährigen Verjährung (Planck II, 2 S. 709, 6; RGRKom. II S. 92—93; RGZ 66, 86). — Ebenso wie der Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB verjährt auch der allgemeine Scha-

von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Uebergabe an (§ 477 I BGB). Längere Verjährungsfristen hat das schweizerische Obligationenrecht aufzuweisen. Nach Art. 210 verjähren die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache mit Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt. Für den Grundstückskauf gilt Art. 219 O.R., wonach die Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung für die Mängel des Gebäudes mit dem Ablauf von 5 Jahren verjährt.

Das italienische Zivilgesetzbuch regelt die Verjährung der Gewährleistungsansprüche ähnlich wie das BGB. Handelt es sich um einen Grundstückskauf, dann müssen die Ansprüche des Käufers auch innerhalb eines Jahres nach der Uebergabe erhoben werden. Verhältnismäßig kurz ist die Verjährungsfrist beim Kauf beweglicher Sachen, sie beträgt nur 3 Monate; dies gilt jedoch nur subsidiär, d. h. nur, wenn nicht besondere Gebräuche längere oder kürzere Fristen festsetzen (art. 1505 C.c.it.). Trotzdem das italienische Gesetz in art. 1505 nur von „l'azione redibitoria" spricht, gelten die Verjährungsfristen nicht nur für die Wandlungsklage, sondern sind auch auf die Minderungsklage zu beziehen [3]).

Für den Viehkauf werden die Verjährungsfristen noch beträchtlich gekürzt, da gerade Tiermängel nach längerer Zeit äußerst schwer feststellbar sind und daher eine besondere Beschleunigung der Gewährleistungsansprüche notwendig ist [4]).

Ueber die rechtliche Natur der Verjährungsfrist bei der Sachmängelhaftung herrscht im deutschen und schweizerischen Recht keine Meinungsverschiedenheit. Es handelt sich um eine wirkliche Verjährungsfrist, nicht um eine sogenannte Präklusivfrist [5]). Das Recht

densersatzanspruch wegen schuldhafter Vertragsverletzung (wegen sogen. culpa in contrahendo) in der kurzen Frist des § 477 BGB. So das RG durch Analogieschluß aus praktischen Gründen. Vgl. RGZ 53, 200; 56, 166. Dieser Ansicht ist auch die herrschende Meinung gefolgt. — Dagegen z. B. v. Blume, Jher. Jahrb. 55, S. 239 ff. — Die Schadensersatzklage nach Art. 97 O.R. ist auch der besonderen Verjährung des Art. 210 unterworfen, soweit sie sich auf Mängel des Kaufgegenstandes stützt, „denn das Bedürfnis nach baldiger Feststellung besteht hier in gleicher Weise" (Becker-Gmür VI, S. 106, IV, 2. Jaeger S. 130). — Vgl. auch die in der Ztschr. für Ausl. und Internat. Privatrecht, 7. Jhg. S. 596 97, angeführte Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts vom Jahre 1932. Hiernach ist jede Klage, die einen neben Wandlung oder Minderung zulässigen Schadensersatzanspruch zum Gegenstand hat, eine Klage auf Gewährleistung i. S. des Art. 210 I O.R. „Nach moderner Rechtsauffassung ist wegen der Gefahr der baldigen Verdunkelung des Tatbestandes und im Interesse der Beweglichkeit des Verkehrs eine rasche Abwickelung der Handelsgeschäfte und somit eine kurze Verjährungsfrist notwendig, welche sich auf alle Rechtsfolgen der mangelhaften Lieferung bezieht."

[3]) Z. B. Tendi II No. 507; Ricci VII No. 185; Cuturi No. 124; App. Roma 24. Febr. 1899 (Foro it. 1900, I, 440).

[4]) Vgl. § 490 BGB (6 Wochen); Art. 202 I O.R. (9 Tage); art. 1505 II C.c.it. (40 Tage).

[5]) Für das schweizerische Recht vgl. Becker-Gmür VI S. 104, I; Oser-Schönenberger V, S. 871a; Jaeger S. 129.

des Käufers geht infolge der Verjährung nicht unter, sondern es entfällt nur die Möglichkeit der Geltendmachung. Infolgedessen sind wie bei jeder Anspruchsverjährung die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung anwendbar [6]).

Abweichungen zeigt dagegen das italienische Recht. Hier ist der Charakter der in art. 1505 C.c.it. festgesetzten Fristen äußerst bestritten. Nach herrschender Meinung ist es keine wirkliche Verjährung (prescrizione), sondern eine Befristung (decadenza), die dem Gewährleistungsanspruch des Käufers von vornherein eine zeitliche Grenze setzt [7]). Es gelten daher wie bei jeder Befristung nicht die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung. Auch nachträgliche freundschaftliche Vereinbarungen und Unterhandlungen (trattative amichevoli) der Parteien halten diese Befristung, wenn sie erst einmal begonnen hat, nicht auf [8]).

Die Parteien haben die Möglichkeit, von Anfang an längere Fristen vertraglich auszumachen. Diese Möglichkeit der Fristverlängerung stellt sich nach deutschem und schweizerischem Recht als Ausnahme dar von dem Grundsatz, daß die Verjährungsfristen zwingenden Rechtes sind, die Verjährung also nicht durch Vertrag abgeändert werden kann (vgl. § 225 BGB) [9]).

Die Bestimmung des art. 1505 II C.c.it. greift nicht Platz, wenn durch vorhandene Ortsgebräuche längere oder kürzere Fristen üblich sind. Dies galt vornehmlich für den Viehkauf. Nach einer Entscheidung des Appellationshofes Venedig vom 11. Mai 1900 (Foro it. 1900

---

[6]) Die Gründe, welche nach schweizerischem Recht die Verjährung hemmen oder unterbrechen können, sind in Art. 135 O.R. erschöpfend aufgezählt.

[7]) Gasca II No. 1615: „I termini indicati nel detto articolo non sono di prescrizione, ma di decadenza". — „Discrepanza nella dottrina e nella giurisprudenza relativamente alla perentorietà dei termini". In demselben Sinne Ricci VII, No. 186; Cuturi No. 124. — Abw. A. Cass. Firenze 3. Juni 1909 (Giur, it. 1909. I. 1. 1226); Ramella p. 155.

[8]) Tendi II No. 511; Cass. Torino 27. April 1878 (Giur.it. 1878. I. 1. 907); Cass.Civ. 16. Januar 1928 (Giur.it. 1928. I. 1. 238); App. Milano 22. Mai 1929 (Giur.it. Rep. 1929, p. 523 No. 138). — Nach Pacifici-Mazzoni V 1 p. 303, welche eine ältere Entscheidung (Cass. Firenze 4. Dez. 1876) anführen, ist die italienische Rechtsprechung nicht einheitlich. Jedoch auf p. 386 führen sie eine Reihe neuerer Entscheidungen an, welche zu dem auf p. 303 Gesagten in Widerspruch stehen. — Eine Sonderstellung nimmt Fubini (No. 293) ein. Er will die Frage, ob die Fristen des art. 1505 durch trattative amichevoli unterbrochen werden können, weder bejahen noch verneinen. Nach ihm kommt es auf die Umstände an, unter welchen diese trattative abgeschlossen sind. Das Kriterium hierbei sei: Verzicht des Verkäufers auf die gesetzlich festgelegte kurze Verjährungsfrist.

[9]) BGB § 477 I S. 2; O.R. Art. 210 I. — Möglich ist die Vereinbarung einer Garantiefrist, die verschiedene Bedeutung haben kann. In der Regel wird man damit zum Ausdruck bringen wollen, daß die Verjährung erst in dem Augenblick beginnen soll, in dem der Mangel innerhalb der Garantiefrist entdeckt wird (Schmidt, Bürgerl. Recht S. 208—209). — Vgl. hierzu Planck II 2 S. 731, 5; Becker-Gmür VI S. 105, I. — Die Möglichkeit der Fristverlängerung ist im ital. Recht nicht unbestritten. Dafür z. B. Cuturi No. 124; Cass. Roma 12. Sept. 1891 (Giur.it. 1892. I. 1. 713). — Dagegen Tendi II No. 510,

Rep. vendita p. 1531 No. 109) war für einen Viehkauf nicht die 40tägige Frist des art. 1505 II maßgebend, sondern eine 15tägige, die sich gewohnheitsrechtlich in der dortigen Gegend gebildet hatte[10].

Das deutsche und schweizerische Recht stimmen darin überein, daß die Verjährungsfrist mit der Ablieferung der Kaufsache, beim Sukzessivlieferungsvertrag mit Ablieferung der einzelnen Raten beginnt. Nach italienischem Recht ist der Beginn der Verjährungsfrist die Uebergabe der Sache[11]. Dies ist überall gesetzlich festgelegt. Erst wenn der Käufer die Verfügung über die Sache erlangt hat, ist ihm im allgemeinen die Möglichkeit zur Prüfung gegeben. Die ältere italienische Rechtsprechung ist hierin nicht immer dem Gesetz gefolgt. Im Anschluß an die ädilizische Regelung haben der Appellationshof von Bologna (8. Nov. 1896, Giur.it. 1897. I. 2. 66) und der Neapolitanische Cassationshof (6. April 1893, Giur.it. 1893. I. 1. 641) als Beginn dieser Verjährungsfrist nicht die consegna (Uebergabe), sondern die Entdeckung des Mangels angesehen. Das italienische Schrifttum und die neuere Rechtsprechung haben sich diese Entscheidungen jedoch nicht zum Vorbild genommen. Soll die Verjährungsfrist nicht vom Tag der Uebergabe, sondern vom Tag der Entdeckung des Mangels an laufen, dann muß dies vertraglich unter den Parteien ausgemacht sein[12].

Nach deutschem und schweizerischem Recht (vgl. § 478 BGB und Art. 210 II O.R.) können Mängelansprüche auch nach Ablauf der Verjährungsfrist einredeweise geltend gemacht werden, sofern der Käufer innerhalb dieser Frist dem Verkäufer den Mangel angezeigt hat. Schrifttum und Rechtsprechung Italiens lehnen jedoch im Anschluß an das römische Recht diese Regelung ab[13].

Bei arglistigem Verschweigen und bei arglistiger Täuschung über einen Sachmangel kann der Verkäufer die kurze Verjährung nicht geltend machen[14], es gilt vielmehr die regelmäßige Verjährungsfrist (vgl. Art. 127, 128 O.R.; § 195 BGB; art. 1300 C.c.it.).

### II. Art. 1648 C. c.

Abweichend von der deutschen, schweizerischen und italienischen Regelung der Verjährung enthält der Code civil keine gesetzlich festgelegten Verjährungsfristen für die Gewährleistungsansprüche. Der in Frage kommende art. 1648 lautet: „Laction résultant des vices

---

[10]) Auch im Kanton Schwyz galt nach einem Ges. v. 30. Aug. 1901 für Viehkäufe eine besondere Verjährungsfrist von 14 Tagen (Tendi II No. 505).

[11]) Meistens wird Ablieferung u. Uebergabe zusammenfallen. Es gibt jedoch Ausnahmen, wo die Ablieferung der Uebergabe zeitlich nachfolgt, z. B. beim Konossement.

[12]) Tendi II No. 506. — Abw. A. Gasca II No. 1626.

[13]) Ricci VII No. 187; Tendi II No. 512; Fubini No. 297; Gasca II No. 1617; App. Venezia 16. Nov. 1874 (Giur.it. 1874. II. 256). „Diese Ueberspannung des Gedankens der Rechtssicherheit ist im ital. P.O. art. 334 fallen gelassen worden" (Rechtsvergl. Hdwb. IV § 22, S. 765).

[14]) § 477 I BGB; Art. 210 III O.R.; art. 1115 C.c.it.

rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite". Die Gewährleistungsklage (Wandlungs- oder Minderungsklage), die der Käufer anstrengen will, muß in kurzer Frist, die nach der Natur des Sachmangels und nach Ortsgebrauch bestimmt werden soll, anhängig gemacht werden. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um eine bewegliche oder um eine unbewegliche Kaufsache handelt. Unter „bref délai" ist nach Fenet[15]) „le plus court délai" zu verstehen. Sobald als irgend möglich soll der Verkäufer von den ihn bedrohenden Ansprüchen des Käufers entlastet werden. Art. 1648 bezweckt damit, den Verkäufer vor langer Ungewißheit über das Kaufgeschäft zu bewahren. Dies ist jedoch, wie die Rechtsprechung lehrt, durch die Fassung des art. 1648 nicht erreicht worden. Das Fehlen einer gesetzlich bestimmten Verjährungsfrist wirkt sich für den Käufer sehr günstig aus, für den Verkäufer aber, zu dessen besonderem Schutz man dem art. 1648 diese Fassung zu geben glaubte, umso ungünstiger. Besonders auf den Handelskauf, für dessen baldige Abwickelung im deutschen Recht (sofern es sich um den beiderseitigen Handelskauf handelt) die Bestimmung des § 377 HGB. geschaffen wurde, wirkt im Hinblick auf die Verkehrssicherheit das Fehlen einer festen Verjährungsfrist hemmend und lähmend.

Daß der Gesetzgeber keine nach Tagen oder Monaten bestimmte Frist festgesetzt hat, ist mit Rücksicht auf die Gewohnheiten der einzelnen Gegenden und Orte geschehen, um Ungerechtigkeiten bei Mißachtung von Ortsgebräuchen zu vermeiden (Laurent XXIV No. 300). In erster Linie sind also im Sinne des art. 1648 Ortsgebräuche zu berücksichtigen. Der Richter, der eine Gewährleistungsklage zurückweist, muß vor allem mit etwa vorhandenen Ortsgebräuchen vertraut sein[16]). Fehlt ein Ortsgebrauch, der für einen bestimmten Mangel eine bestimmte Frist angeben könnte, dann hat nach übereinstimmender Ansicht von Wissenschaft und Rechtsprechung[17]) der Richter diese Frist zu bestimmen. Er hat dabei die Natur der Kaufsache und die des Mangels zu berücksichtigen. Mitunter wird eine Gewährleistungsklage, die erst lange nach Kaufabschluß erhoben worden ist,

---

[15]) Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil XIV, p. 169 zu art. 1648.

[16]) Vgl. Cass.Civ. 4. Dez. 1837 (S. 38, 1. 549). — Die nach Ortsgebrauch gültigen Fristen waren äußerst kurz. So verjährten z. B. in Paris diese Klagen innerhalb von 9 Tagen, in den meisten Departements in 40 Tagen. (Zachariae-v. Lingenthal 6. Aufl. S. 479 Anm. 42; in der 8. Auflage bearb. v. Crome fehlt jedoch diese Anmerkung). Vgl. aber Cass. Civ. 5. April 1830 Rép. gén. XXXVI No. 1707), wo auch die neuntägige Frist erwähnt wird. — In Cambrai betrug nach Ortsgebrauch die Verjährungsfrist beim Pferdekauf 8 Tage (Charlin p. 184).

[17]) Z. B. Aubry et Rau V p. 116 Anm. 24 u. 25; Planiol-Ripert X p. 144. — Req. 7. Febr. 1872 (S. 72. 1. 222); Chambéry 12. Juni 1875 (S. 77. 2. 106); Cass.Civ. 12. Nov. 1884 (S. 86. 1. 149); Douai 7. Jan. 1899 (D.P. 1900. 2. 190). — Daß dagegen auch bei Vorhandensein eines Ortsgebrauchs die Festsetzung der Frist nach richterlichem Ermessen erfolgen kann, wird allgemein abgelehnt. (Aubry et Rau V p. 116 Anm. 25; Troplong II No. 585; Laurent XXIV No. 300).

noch rechtzeitig ohne Verletzung des art. 1648 angestrengt sein. So z. B. beim Kauf von Lebensmittelkonserven, die erst im Augenblick des Verbrauchs geöffnet werden (Trib. d. comm. de Nantes 5. Mai 1869, D.P. 69. 3. 92) oder beim Kauf von Wein, dessen Fälschung erst auf Grund einer chemischen Untersuchung erbracht sein wird (Paris 13. Juni 1893, D.P. 93. 2. 470). Es ist sogar entschieden worden, daß die Verjährungsfrist mehrere Jahre laufen kann. So hat der Appellationshof von Caen in einer Entscheidung vom 5. Mai 1922 (D.P. 1923. 2. 102) den Verkäufer von Dachziegeln noch sieben Jahre nach dem Kauf zu 1500 fr. Schadensersatz verurteilt, weil auf diese Ziegel der Frost nicht ohne Einwirkung blieb[18]). Eine derartige Entscheidung dürfte im Hinblick auf die Verkehrssicherheit, der doch gerade art. 1648 dienen will, abzulehnen sein. Insbesondere im Handelskauf macht sich das Fehlen bestimmter Verjährungsfristen äußerst fühlbar, da der Verkäufer nach französischem Recht mitunter sehr lange im Ungewissen über das Kaufgeschäft bleiben wird.

Nach dem Wortlaut des art. 1648 genügt es nicht, wenn innerhalb dieser „bref délai" nur der Fehler festgestellt wird, erforderlich ist die Anhängigmachung der Klage[19]).

Ueber den Beginn der Frist sagt art. 1648 nichts. Der Gesetzgeber hatte dreifache Wahl. Er konnte als Anfang der Verjährungsfrist entweder den Tag des Kaufabschlusses wählen oder den Tag der Uebergabe der Kaufsache oder den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels[20]). Die Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung

[18]) Es heißt in dieser Entscheidung: „Lorsque des tuiles ont été vendues avec la garantie de non-gélivité, l'acquéreur est recevable à intenter son action jusqu'à ce qu'il ait pu constater les effets du froid sur les tuiles". „Le ‚bref délai' peut varier suivant la nature des vices rédhibitoires et suivant l'espèce de la chose vendue". — Daß die kurze Frist des art. 1648 sich auf mehrere Jahre erstrecken kann, wird auch von Rogron (Anm. zu art. 1648) betont. Ebenso Rép. gén. XXXVI No. 1699: Cass.Civ. 16. Nov. 1853, S. 53. 1. 673. — Der Pariser Appellationshof hat jedoch in einer Entscheidung vom 5. März 1890 (S. 90. 2. 133) eine Frist von 3 Jahren nicht mehr für eine kurze Frist i. S. des art. 1648 gehalten. Zur Verhandlung stand die Rückgängigmachung eines Kaufes dreier silberner Armleuchter, die aus der Zeit Ludwig XIV. stammen sollten. Die Wandlungsklage wurde abgewiesen, da die Identität nicht mehr feststellbar sei. — In demselben Sinne: Riom 2. Juli 1884 (S. 86. 2. 60). Hier wurde vier Jahre nach Erwerb einer Badeanstalt eine Gewährleistungsklage angestrengt, weil die Anwohner des Bades ständig Wasser in ihre Keller erhielten. Diese Klage wurde abgewiesen mit der Begründung, daß Erwerber innerhalb der vier Jahre schon verschiedene Veränderungen hätte vornehmen können, die nach vier Jahren nicht mehr nachzuprüfen seien. Im Handelskauf habe aber die Gewährleistungsklage ohne Verzögerung zu erfolgen, bevor sich der Zustand der Sache irgendwie verändere. Diese Sorge für schnelle Abwickelung des Handelskaufs tritt jedoch, wie wir gesehen haben, nicht immer zutage.

[19]) Aubry et Rau V p. 116 Anm. 27; Guillouard I No. 470 Huc X No. 156; Planiol-Ripert X p. 143 Anm. 1.

[20]) Im römischen Recht begann die Verjährung mit der Kenntnis des Käufers von dem Mangel der Kaufsache. Wenn es auch in L. 19 § 6 D. 21, 1 heißt: „Tempus redhibitionis ex die venditionis currit", so war damit nur der früheste Zeitpunkt bezeichnet, von dem an die Frist laufen konnte, denn die ädilizischen Fristen waren nach L. 55

sind auch außerordentlich verschieden. Vielfach überläßt man die Entscheidung über den Beginn der Frist dem Richter [21]). Fraglich ist dann aber wieder, welche grundsätzliche Stellung dieser einnehmen soll. Aubry et Rau (V p. 117 Anm. 28) betrachten als Beginn der Verjährungsfrist den Tag des Kaufabschlusses [22]).

Ein Teil der französischen Wissenschaft und der größte Teil der Rechtsprechung [23]) vertreten jedoch den Standpunkt, daß die Verjährungsfrist vom Tage der Entdeckung des Mangels an zu laufen habe. Die kurze Frist, die das Gesetz verlange, könne doch nur so gemeint sein, daß sie von der Entdeckung des Mangels an laufe und nicht vom Tage des Kaufabschlusses, da viele Mängel sich erst nach gewisser Zeit bei Gebrauch der Sache zeigten und für diese Mängel dann keine Gewährleistung mehr bestehe. Und dies könne der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Wie die französische Rechtsprechung zeigt, wird beim Fehlen eines Ortsgebrauches der Richter fast immer Dauer und Beginn der Verjährungsfrist bestimmen. Meistens scheint der Richter den Tag der Entdeckung des Mangels als Fristbeginn festzusetzen. Es finden sich viele Entscheidungen hierüber. So ist z. B. der Lieferant eines großen Kronleuchters, der für einen Zirkus bestimmt war, noch drei Jahre nach dem Kauf zum Schadensersatz verurteilt worden, weil der Kronleuchter infolge eines Materialfehlers plötzlich herunterfiel. Als Beginn der Frist wird erst der Tag des Herunterfallens angesehen, da es sich um einen Fehler handele, der erst durch diesen Unfall entdeckt werden konnte [24]).

---

D. 21, 1 „utiliter" zu berechnen. (Vgl hierzu Bechmann III 2 S. 143; Hanausek II S. 336. Hieraus ergab sich, daß bei entschuldbarer Unkenntnis des Käufers von dem Mangel der Beginn der Frist gehemmt war. Das schließt nicht aus, daß der maßgebende Zeitpunkt für das Vorhandensein des Mangels der Vertragsschluß war. — Im allgemeinen fiel Tag des Kaufes und Tag der Uebergabe zusammen. War dies jedoch nicht der Fall, dann war der Tag der Uebergabe maßgebend für den Beginn der Verjährungsfrist. So Charlin p. 183.

[21]) Z. B. Baudry-Lacantinerie et Saignat XIX No. 441; Huc X No. 156; Guillouard I No. 475.

[22]) So auch: Cass.Civ. 23. Aug. 1865 (S. 65. 1. 397). — Dagegen Cass.Civ. 12. Nov. 1884 (D.P. 85. 1. 358).

[23]) Laurent XXIV No. 302; Planiol-Ripert X p. 143 Anm. 6 m. Entschdg.; Paris 24. Febr. 1882 (D.P. 83. 2. 78, note 4); Cass.Civ. 12. Nov. 1884 (D.P. 85. 1. 358, Anm. 1—2); Cass.Civ. 27. Juni 1887 (D.P. 88. 1. 300); Req. 15. Juli 1897 (D.P. 98. 1. 247) u. a.

[24]) Req. 30. Nov. 1858 (D.P. 59. 1. 133 u. Rép. gén. XXXVI No. 1696 -97). — In einem anderen Fall hat der Richter als Beginn der Frist den Tag festgesetzt, an dem der zweite Erwerber der Kaufsache den Mangel entdeckt hat, da dies dem ersten Erwerber nicht möglich war. Hier war am 20. Mai 1881 eine Eismaschine gekauft worden, die am 10. Jan. 1882 an den zweiten Erwerber weiterveräußert wurde. Im darauffolgenden Sommer, am 27. Juni 1882, wurde dann erst von dem zweiten Erwerber festgestellt, daß die Maschine noch nicht die Hälfte des vorgesehenen Eises pro Stunde produzierte. Der Richter bestimmte, daß die Gewährleistungsansprüche des ersten Erwerbers, der bereits über 1 Jahr vor Entdeckung des Mangels die Eismaschine gekauft hatte, noch zurecht beständen und sah in der späten Geltend-

Eine dritte Ansicht, daß der Tag der Uebergabe entscheidend sei für den Fristbeginn, wird z. B. von Troplong (II No. 588) vertreten. Ihm schließt sich Hémard (II No. 1868) an.

Den Parteien steht es frei, eine besondere Frist vertraglich auszumachen, denn die Vorschrift des art. 1648 ist dispositiver Natur. Voraussetzung ist aber, daß der Verkäufer den Mangel der Kaufsache beim Kaufabschluß nicht gekannt hat [25]).

Art. 1648 C.c. gilt nicht für den Viehkauf. Hier greift art. 5 des Gesetzes vom 2. August 1884 ein, nach welchem die Frist für Geltendmachung von Mängelansprüchen auf grundsätzlich 9 Tage [26]) festgelegt ist. Nach dem Wortlaut des art. 5, der bei der Berechnung der 9tägigen Frist den Tag der Lieferung nicht mitrechnet, beginnt diese Frist erst mit der Lieferung bezw. Uebergabe des Tieres [27]).

Art. 1648 C.c. ist nur anwendbar auf „vices rédhibitoires par leur nature" und nicht auf „vices rédhibitoires par la simple convention des parties" [28]).

Ist die gewohnheitsrechtlich oder durch richterliches Ermessen festgesetzte Frist bereits verstrichen, dann ist nach einer Entscheidung des französischen Kassationshofes vom 8. April 1925 [29]) „une fin de non-recevoir" eingetreten und keine „exception" mehr gegeben. Auch den Charakter einer sogen. Präklusivfrist — ähnlich der Bestimmung des art. 1505 C.c.it. — hat m. E. die kurze Frist des art. 1648 nicht, da die Praeklusivfrist an eine Befristung gebunden ist, die dem Gewährleistungsanspruch des Käufers von vornherein eine zeitliche Grenze setzt. „Bref délai" ist aber keine von vornherein bestimmte Frist. Wird die Gewährleistungsklage des Käufers abgewiesen, weil nach Ansicht des Richters die kurze Frist des art. 1648 verstrichen ist, dann hat der Käufer durch nicht rechtzeitiges Erklären seinen Gewährleistungsanspruch verwirkt. Diese Verwirkung, die die Folge eines über Gebühr langen Schweigens ist, so daß dem Verkäufer eine Haftung für Sachmängel nicht mehr zugemutet werden kann, ist nichts anderes als eine Verschweigung. Der Gewährleistungsanspruch des Käufers besteht zwar weiter, auch nach Ablauf der kurzen Frist, aber seine Geltendmachung wird durch die Verschweigung gehindert, die sich als Schranke der Rechtsausübung darstellt [30]).

---

machung der Ansprüche keine Verletzung des art. 1648 (Cass.Civ. 27. Juni 1887, D.P. 88. 1. 300).

[25]) Guillouard I No. 476; Aubry et Rau V p. 117 Anm. 28; Zachariae-von Lingenthal II S. 491 Anm. 43; Charlin p. 181.

[26]) Für besondere Fälle gilt eine dreißigtägige Verjährungsfrist. Vgl. art. 5 d. gen. Gesetzes und Req. 21. Juni 1924 (D.P. 1925. 1. 24).

[27]) So auch Baudry-Lacantinerie et Saignat XIX No. 441.

[28]) So Guillouard I No. 476; Douai 2. Febr. 1899 (S. 1901. 2. 93); Rép. gén. XXXVI No. 1683; Req. 20. Juni 1932 (D.H. 1932. 460, u. S. 1932. 1. 343). — Dagegen Troplong II No. 590.

[29]) D.P. 1927. 1. 40 (vgl. Bourdeaux Cod.civ. No. 2 z. art. 1648).

[30]) Vgl. hierzu Siebert, Zum Begriff der Verwirkung in JW 1932 S. 943 u. 2384; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 6 f., 25 f. u. 38; Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, S. 122 ff. — Die Verschweigung finden wir bereits im alten

Die Entscheidung des französischen Kassationshofes (vgl. S. 65 Anm. 29 dies. Arb.), die nach Ablauf der kurzen Frist des art. 1648 jede „exception" ausschließt, ist durchaus mit dem Begriff der Verschweigung, die nach Siebert (JW 1932 S. 2384) auch nicht einredeweise geltend gemacht werden kann, in Einklang zu bringen.

In den italienisch-französischen Entwurf eines Gesetzbuches der Schuldverhältnisse und Verträge hat man die „kurze Frist" des art. 1648 C.c. nicht mit übernommen. Man hat sich vielmehr für die deutsche Regelung (§ 477 I BGB) entschieden und als Verjährungsfrist beim Kauf beweglicher Sachen 6 Monate und beim Grundstückskauf 1 Jahr festgesetzt [31]).

## § 10.
## Schlußbetrachtung.

Ob die Gewährleistungspflicht des Verkäufers, die auf dem Institut der Sachmängelhaftung beruht, mit zur Erfüllung des Kaufvertrages gehört oder eine selbständige außerhalb der Erfüllungspflicht stehende Verpflichtung darstellt, ist nicht unbestritten. Aus § 433 BGB läßt sich, wenigstens für den Stückkauf, keine Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung einer fehlerlosen Sache herleiten. Der Verkäufer hat nach § 433 BGB erfüllt, wenn er die Kaufsache liefert so wie sie zur Zeit des Kaufvertrages ist [1]). Die im deutschen Recht in Erscheinung tretende scharfe Trennung zwischen Erfüllungspflicht und Gewährleistung [2]) finden wir in den drei ausländischen Rechten nicht in dem Maße.

---

deutschen Recht (vgl. v. Schwerin S. 85 f. Weitere Literaturangaben bei Krause S. 171). Ihr ähnlich dürfte der „non usus" des römischen Rechtes sein.

[31]) art. 372; Rapport sur le projet p. 135.

[1]) So auch die herrschende deutsche Meinung: Schmidt, Bürgerliches Recht S. 206; Leonhard II S. 78; Enneccerus-Lehmann S. 386 § 108; Kreß S. 11; vgl. auch Crome II S. 444. — Abw. A. RGRKom. II S. 61, wonach die Verpflichtung des Verkäufers nicht bloß auf die körperliche Uebergabe der bestimmten Sache geht, sondern auf Lieferung dieser Sache als einer mangelfreien.

[2]) Eine erste Auseinandersetzung mit den Begriffen „Erfüllungspflicht" und „Gewährleistung" finden wir bei Schollmeyer (in Jher. Jahrb. 49 S. 93 ff.). Schollmeyer versteht unter Erfüllungspflicht die „Verpflichtung des Schuldners, die geschuldete Leistung an den Gläubiger in Schuldtilgungsabsicht zu bewirken". Neuerdings ist der Begriff der Erfüllungspflicht noch schärfer gestaltet worden von Süß S. 19. Süß versteht unter Erfüllungspflicht die „Verpflichtung einen im Vertrag oder Gesetz festgelegten Erfolg herbeizuführen". Dieser Erfolg ist z. B. im Kaufrecht dann eingetreten, wenn der Verkäufer seine in § 433 BGB festgesetzte Pflicht zur Uebergabe und Eigentumsverschaffung erfüllt hat. Der Verkäufer hat auch dann erfüllt, wenn er eine mangelhafte Sache geliefert hat, sofern es sich um die am häufigsten in Erscheinung tretende Art des Kaufes, um den Stückkauf handelt, im Gegensatz zum Gattungskauf, der als eine besondere Art des Kaufes den Kaufgegenstand nur der Gattung nach bestimmt.

Der herrschenden deutschen Meinung, daß beim Verkauf einer individuell bestimmten Sache die Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung für Sachmängel kein Teil der Erfüllungspflicht ist, schließen sich für das schweizerische Recht Becker-Gmür an (VI S. 54, I), jedoch mit der Einschränkung, daß der Verkäufer die betreffenden Mängel nicht kennen darf. Im Gegensatz zu Becker-Gmür steht z. B Jaeger (S. 11—12). Nach ihm ist bei Lieferung einer fehlerhaften Sache nicht gehörig erfüllt [3]). Die Gewährleistungspflicht gehöre mit zur Erfüllung des Vertrages, denn die Erfüllungspflicht des Verkäufers setze sich zusammen aus der Pflicht zur Uebergabe und aus der Verpflichtung für die Freiheit von Rechten Dritter und von Sachmängeln gewisser Art einzustehen. Dies ergebe sich aus der gleichwertigen Nebeneinanderstellung dieser drei Verpflichtungen des Verkäufers und aus Anordnung und Randnoten zu den einzelnen Artikeln des Obligationenrechts (vgl. Art. 188, 192 u. 197). Dieser Beweis ist aber m. E. nicht durchschlagend. Auch als Vertreter der Jaeger entgegengesetzten Ansicht braucht man keineswegs zu leugnen, daß die Gewährleistung eine Verpflichtung sei, nur ist sie keine Verpflichtung innerhalb der Pflicht zur Erfüllung.

In den beiden romanischen Rechten dürfte, soweit man sich überhaupt mit einer Nebeneinanderstellung von Erfüllungspflicht und Gewährleistung befaßt, die Ansicht, daß die Gewährleistung für Sachmängel einen Teil der Erfüllungspflicht darstellt, die herrschende sein [4]). Außerdem liegt die Vermutung nahe, daß der Nachbesserungsanspruch, den der Käufer im französischen Recht hat, aus der Erwägung heraus entstanden ist, daß der Verkäufer nicht erfüllt hat und der Käufer ihn nun zur Erfüllung zwingen kann.

Zusammenfassend läßt sich als Ergebnis dieser Arbeit sagen, daß die gesetzliche Regelung der Sachmängelhaftung im deutschen Recht sich keinesfalls mit einer der drei übrigen Länder deckt. Dem deutschen Recht am nächsten kommt das schweizerische, in dem ebenso wie im deutschen Recht die Spuren des gemeinen Rechts noch deutlich erkennbar sind. Trotz aller Aehnlichkeit, die zwischen dem deutschen und schweizerischen Gesetz besteht, finden sich einige wesentliche Unterschiede, aus denen sich zwangsläufig auch eine verschiedene Behandlung der damit eng verbundenen Fragen ergibt. Erwähnt sei hier noch einmal die abweichende Regelung des maßge-

---

Scharf zu trennen von der Erfüllungspflicht ist die Gewährleistung. Das BGB hat einen allgemeinen Begriff der Gewährleistung nicht aufgestellt, vielmehr ihre Folgen bei den einzelnen Vertragsarten besonders geregelt (Schollmeyer S. 93 Anm. 2). „Die Gewährleistung geht nicht darauf, einen vertraglich oder gesetzlich festgelegten Erfolg herbeizuführen, sondern für einen Zustand einzustehen, zu dessen Herbeiführung man eben gerade nicht verpflichtet ist, also Rechtsnachteile (evtl. Leistungen!) zu übernehmen, obwohl man erfüllt hat, obwohl man nicht verpflichtet ist, den gewährleisteten Zustand zu schaffen" (Süß S. 19).

[3]) Jaeger geht dabei zurück auf Art. 97 O.R., der auch unterscheidet zwischen Nichterfüllung und nicht gehöriger Erfüllung.

[4]) Vgl. Tendi II No. 492: „il venditore che consegna cosa viziata, non adempie alla sua obbligazione".

benden Zeitpunktes für das Vorhandensein der Sachmängel. Da das schweizerische Obligationenrecht hierfür ausdrücklich im Anschluß an die romanischen Rechte den Tag des Kaufabschlusses festsetzt, das deutsche BGB dagegen grundsätzlich den Tag der Uebergabe der Kaufsache, so sind die Gewährleistungsvorschriften für Mängel, die sich erst nach Kaufabschluß zeigen, nach schweizerischem Recht nicht anwendbar im Gegensatz zum deutschen Recht. Aus diesem Grunde gibt es auch im schweizerischen Recht keine Frage der Konkurrenz zwischen Gewährleistung und nachträglicher Unmöglichkeit.

Eine weitere wesentliche Verschiedenheit zwischen diesen beiden Rechten besteht hinsichtlich der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches. Das schweizerische Recht hat — ebenso wie die romanischen Rechte — die dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch eigentümliche Schadensersatzklage des § 463, die in bestimmten Fällen wahlweise neben der Wandlungs- und Minderungsklage erhoben werden kann, nicht als besondere Gewährleistungsklage aufzuweisen. Andererseits kann nach Art. 208 II O.R. im Gegensatz zum deutschen Recht der Käufer bei der Wandlung jedesmal den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist, ohne daß es eines Verschuldens auf Seiten des Verkäufers bedarf [5]).

Trotz weiterer Unterschiede, die an dieser Stelle nicht noch einmal erschöpfend aufgezählt werden sollen, gleichen sich die Gesetzgebungen Deutschlands und der Schweiz wieder in vielen anderen Punkten, die in den beiden eng miteinander verbundenen romanischen Rechten entgegengesetzt geregelt sind.

Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Sachmängelhaftung erfährt im französischen und italienischen Recht insofern eine große Einengung, als es in diesen beiden Rechten grundsätzlich nur die auf Gesetz beruhende Sachmängelhaftung gibt. Eine auf Vertrag beruhende Sachmängelhaftung, die Gewährleistung für besonders zugesicherte Eigenschaften, wird fast immer abgelehnt. Derartige Fälle werden nach neuester italienischer Rechtsprechung durchweg und im französischen Recht fast immer nach allgemeinen Grundsätzen und nicht unter dem Gesichtspunkt der art. 1641 ff. C.c. (bzw. art. 1498 ff. C.c.it.) behandelt. Da es eine strenge Scheidung zwischen Erfüllungspflicht und Gewährleistung in diesen beiden Rechten nicht gibt, die Gewährleistung vielmehr mit zur Erfüllungspflicht gehört, hat das Rechtsinstitut der Sachmängelhaftung beim Kauf nur den Charakter einer Sammlung von Sondervorschriften im Rahmen der allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung. Werden daher wie beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften diese Sondervorschriften abgelehnt, dann bleiben nur die allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung anwendbar.

---

[5]) Die Verschiedenheit in der Behandlung der Schadensersatzfrage bei der Wandlung dürfte auf die unsichere Regelung im gemeinen Recht zurückzuführen sein. Es bestehen Zweifel, ob nach gemeinem Recht mit der actio redhibitoria ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden konnte. Vgl. hierzu: Windscheid-Kipp II § 394, 2; Hanausek I S. 139 ff.; v. Rücker S. 36—37.

Der italienisch-französische Entwurf eines Gesetzbuches der Schuldverhältnisse und Verträge sucht der eingeschränkten Anwendung der Haftungsvorschriften für Sachmängel zu begegnen durch Einfügung einer neuen Vorschrift (art. 374), die unserem Garantievertrag sehr nahe kommt [6]). Der italienisch-französische Entwurf ist jedoch von italienischer Seite scharf kritisiert und vielfach abgelehnt worden [7]), da man den Code Napoléon zur Grundlage dieses neuen Entwurfes gemacht und Italien nichts eigenes hinzugegeben habe. Ein weiterer Ablehnungsgrund dürfte politischer Art sein, da man keine zu enge Bindung an Frankreich wünscht.

Eine wesentliche Verschiedenheit, die das deutsche und schweizerische Recht gegenüber den beiden romanischen Rechten aufzuweisen hat, gilt für die Regelung der Verjährung. Im französischen und italienischen Recht hat die Verjährung eine bedeutend stärkere Wirkung, da die Mängelansprüche nach Ablauf der Verjährungsfristen des art. 1505 C.c.it. bzw. nach Ablauf der kurzen Frist des art. 1648 C.c. nicht wie im deutschen und schweizerischen Recht einredeweise bei einer Kaufpreisklage des Verkäufers geltend gemacht werden können. Aber wichtiger ist der Unterschied in art. 1648 C.c. Die „kurze Frist" dieses Artikels beginnt nach überwiegender Ansicht in der französischen Rechtsprechung erst mit der Entdeckung des Mangels; nach § 477 BGB dagegen können die Gewährleistungsansprüche des Käufers verjährt sein, bevor der Käufer den Mangel der Kaufsache überhaupt erkannt hat.

Aus diesen Beispielen ergibt sich, daß die Unterschiede in der Regelung der Haftungsvorschriften für Sachmängel zwischen dem französischen und italienischen Recht keineswegs sehr groß sind. Trotz einiger Aehnlichkeiten, die das italienische Gesetz mit dem deutschen hat (z. B. bei der Mängelrügepflicht), kommt die Abhängigkeit des Codice civile italiano vom Code civil in der italienischen Wissenschaft und Rechtsprechung immer wieder zum Durchbruch.

---

[6]) art. 374: „Se il venditore ha garantito il buon funzionamento della cosa venduta per un tempo determinato, il compratore che scopra un difetto di funzionamento deve, sotto pena di decadenza, denunziarlo al venditore entro un mese dalla scoperta ed intentar l'azione entro un anno dalla denunzia, se il venditore non eseguisce l'obbligazione relativa". Vgl. auch Relazione sul progetto p. 86.

[7]) So z. B. von Betti in Rev.dir.com. 1929, 1 p. 665—68. Zum Teil widerlegt wird Betti von d'Amelio in Rev.dir.com. 1929. 1 p. 669, der sagt: Grundlage für den Code Napoléon sei ja das römische Recht gewesen und auch Pothier „sente Parigi e guarda Roma".

## Lebenslauf.

Ich bin am 10. August 1901 als Sohn des Rittmeisters und Rittergutsbesitzers Albert Roepke und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Richter in Köslin geboren. Ich besuchte das Klostergymnasium in Magdeburg und das Stadtgymnasium in Halle (Saale). Das Abiturientenexamen bestand ich am 4. März 1921 am Stadtgymnasium Halle. Nach fast vierjähriger Banktätigkeit widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Halle. Hier hörte ich Vorlesungen der Herren Professoren Drs. Aubin, Bilfinger, Boehmer, Finger, Fleischmann, Hein, Jahn, Joerges, Kisch, Kitzinger, Langheineken, Ruth, Rud. Schmidt und Schwinge. Am 6./7. Mai 1929 bestand ich am Oberlandesgericht Naumburg a. S. die erste juristische Staatsprüfung. Seit Januar 1930 bin ich als hauptamtlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Martin-Luther-Universität Halle tätig und gedenke am 1. Oktober d. J. als Volontär für den höheren wissenschaftlichen Bibliotheksdienst an die Deutsche Bücherei nach Leipzig zu gehen.

Herr Professor Dr. Rudolf Schmidt gab mir das Thema zu dieser Arbeit. Für seine wertvollen Hinweise und für das Interesse, das er mir stets in liebenswürdigster Weise entgegengebracht hat, sage ich ihm hier ganz besonderen Dank. Ebenso möchte ich dem Herrn Direktor des Rechtswissenschaftlichen Seminars in Halle, Herrn Professor Dr. Schwinge, noch einmal herzlich danken für alle Förderung, die er mir zuteil werden ließ.

Auch dafür, daß ich die Bibliothek des Reichsgerichts in ausgiebigster Weise benutzen durfte, möchte ich an dieser Stelle meiner Dankbarkeit Ausdruck geben.

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale), Dölauer Straße 14
Spezialdruckerei für wissenschaftliche Werke und Dissertationen